

Systematische Reform des chinesischen AGB-Rechts und seine Anwendung auf Arbeitsverträge

– mit vergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

Doktorin der Rechte

eingereicht an der juristischen Fakultät

der Humboldt-Universität zu Berlin

von

Jin Zhao

Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin: Prof. Dr.-Ing. Dr. Sabine Kunst

Dekan der juristischen Fakultät: Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann

Gutachter/in: 1. Prof. Dr. Reinhard Singer

2. Prof. Dr. Thomas Raiser

3. Prof. Dr. Christine Windbichler

Datum der Einreichung: 15. Dezember 2020

Datum der Disputation: 09. Februar 2021

Inhaltsverzeichnis

Einführung in die Problematik.....	1
A. Ausgangspunkt – gleiche Frage, gleiche Lösung?.....	1
B. Ziel der Dissertation.....	4
C. Erläuterung der Auswahl von einschlägigen chinesischen Urteilen	5
Teil I. Die geltende arbeitsrechtliche AGB-Kontrolle Regelung in China	9
A. Überblick über das AGB-Recht in China.....	9
I. Gesetzliche Vorschriften	9
II. Fehlen einer klaren Prüfungsreihenfolge	12
B. Begriffsbestimmung: AGB	13
I. Vertragsbedingungen	14
II. Vorformulierung.....	15
III. Kein Aushandeln	15
C. Wirksame Einbeziehung.....	16
I. Anwendungsbereich.....	16
II. Voraussetzung der wirksamen Einbeziehung.....	17
D. Auslegung der AGB-Klauseln	19
I. Auslegungsregel	19
II. Anwendung im Arbeitsrecht anhand eines konkreten Falls	20
E. Inhaltskontrolle	22
I. Kontrollmaßstab und Fallgruppen.....	22
II. Keine Kontrollfreiheit zur Hauptkondition?	28
Teil II Systematische Reformation des chinesischen AGB-Rechts mithilfe der Rezeption des deutschen AGB-Rechts.....	33
A. Übernahme der deutschen Regelungen aufgrund eines funktionalen Rechtsvergleiches?	33
B. Übernahme des § 310 Abs.4 S. 2 BGB?	35
C. Übernahme des Verbots überraschender Klauseln (§ 305c BGB)?	37
I. Notwendigkeit der Übernahme.....	37
II. Umsetzung des § 305c Abs. 1 BGB ins CVG	39
III. Mögliche Anwendung im Arbeitsrecht.....	41
D. Übernahme der Prüfungsmaßstäben in § 307 BGB?	42
I. Notwendigkeit und Durchführbarkeit	42
II. Umfang der dispositiven gesetzlichen Regelungen im chinesischen Rechtssystem	44
III. Einordnung des Transparenzgebots in CVG und die chinesische Rechtsprechung	60

E.	Reformation der Rechtsfolge der unwirksamen Klauseln	66
I.	Einordnung des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion ins chinesische AGB-Recht?	66
II.	Deutsche Erfahrung - Ergänzende Vertragsauslegung	68
III.	Stellungnahme	70
F.	Übernahme der Ausnahmeregeln für Arbeitsverträge?	71
I.	Notwendigkeit der Übernahme	71
II.	Umfang der zu berücksichtigenden Besonderheiten	73
III.	Begriffsinhalt und Umfang der zu berücksichtigenden „Besonderheiten“ im chinesischen AGB-Recht	76
Teil III.	Anwendung des zu reformierenden chinesischen AGB-Rechts auf einzelne Fragen	82
A.	AGB-Kontrolle der betriebsinternen Arbeitsordnung	82
I.	Kontrollfähigkeit	82
II.	Schranken der Inhaltskontrolle in BAO	89
III.	Inhaltskontrolle der Klauseln über Arbeitspflichten einschließlich Betriebsbußen 90	
IV.	Zwischenergebnis	100
B.	Klauseln bei Fortbildungskosten	101
I.	Überblick über Rechtskontrollsystem	101
II.	Beschränkung auf spezielle Fortbildung	102
III.	Inhaltskontrolle der Klausel über die Vertragsstrafe bei spezieller Fortbildung – unter besonderer Rücksicht auf der deutschen Rechtsprechung	108
C.	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit Vertragsstrafe	114
I.	Ausgangspunkt	114
II.	Eröffnung der AGB-Kontrolle für nachvertragliches Wettbewerbsverbot	116
III.	Ist „Vergütung für Vertraulichkeit“ die Karenzenschädigung?	119
IV.	Angemessenheit des Inhalts von nachvertraglichem Wettbewerbsverbot	121
D.	Sonstige Vereinbarungen	132
I.	Vereinbarungen über Sonderzuwendungen	132
II.	Überstundenvereinbarung	134
III.	Verbot der Diskussion über die Arbeitsvergütung	135
IV.	Vereinbarung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses	136
Teil IV.	Zukünftige Entwicklung der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle in China — unter Berücksichtigung auf die Rechtsentwicklung in Deutschland	139
A.	AGB-rechtliche Frage bei „Bottom-up“ Kollektivverträge in der Zukunft	139
I.	Prognostizierte Entwicklung der Kollektivverträge in der Zukunft	139

II.	Mögliche gewachsene Anzahl von „bottom-up“ Kollektivverträge	142
III.	AGB-Kontrolle bei Bezugnahmeklausel auf den Kollektivvertrag aus einem anderen Betrieb.....	143
B.	AGB-rechtliche Fragen bei einer Vereinbarung über den Arbeitslohn für normale Arbeitszeit.....	148
I.	Fragestellung	148
II.	Ausschluss der zugesagten Zuwendungen.....	149
III.	Beschränkung auf die in dem Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbarten Vergütungsteile	149
	Zusammenfassung der wichtigen Ergebnisse	154
	Literaturverzeichnis	160
	Deutsche Literatur	160
	Englische Literatur.....	165
	Chinesische Literatur	165
	Anhang	181

Zusammenfassung

Diese Arbeit setzt sich mit der Frage auseinander, ob die deutsche Erfahrung in AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen ins chinesische Recht übernommen werden kann. Die Übernahme setzt zunächst voraus, dass das chinesische AGB-Recht nach dem deutschen AGB-Recht systematisch reformiert wird. Aufgrund dessen umfasst diese Arbeit zwei Gegenstände. Zum einen ist der Reform des chinesischen AGB-Recht (Teil I und Teil II), zum anderen ist die Anwendung des reformierten chinesischen AGB-Recht auf Arbeitsverträge (Teil III und Teil IV). In dieser Arbeit werden die Defizite chinesischen AGB-Recht identifiziert und die Lösungsvorschläge erarbeitet. Im Teil III und Teil IV befasst sich diese Arbeit damit, ob die reformierte chinesische AGB-Kontrolle einheitliche und taugliche Lösungsansätze den arbeitsrechtlichen Rechtsfragen anbieten kann.

Die Forschungsergebnisse zeigen: Es ist der chinesischen AGB-Kontrolle notwendig, folgende Regelung vom deutschen Recht zu übertragen. Dazu gehören Verbot überraschender Klauseln, Prüfungsmaßstäbe für Angemessenheitskontrolle, Transparenzkontrolle, Verbot geltungserhaltender Reduktion und Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten. Für eine sinnvolle Rechtsrezeption ist die Übernahme der einschlägigen Normen nur der erste Schritt. Erforderlich ist es auch, die Konkretisierung der Begriffe und die Methodik der Rechtsanwendung zu übernehmen. Ein Ausgleich der Interessen (von Arbeitgeber und Arbeitnehmern) kann mit Hilfe der reformierten AGB-Kontrolle erfolgen.

Stichwörter: chinesisches AGB-Recht, AGB-kontrolle von Arbeitsverträgen, Rechtsrezeption, chinesisches Arbeitsrecht

Abstract

This dissertation examines the possibility of the Chinese legal system adopting German legal practice in controlling the standard terms in employment contracts. German GTB law can serve as a sample for the systematic reform of the Chinese GTB (General Terms of Business). Part I and Part II of the dissertation focus on the reform of the Chinese GTB Law, including the defect of Chinese GTB Law and the possible solutions via the transplantation of the provisions and doctrines in German GTB Law. Part III and Part IV discuss whether the reformed Chinese GTB Law can provide more convincing and harmonized solutions for the problems than the unsatisfied solutions in the current jurisprudence and studies.

Based on a dogmatic and functional method, this dissertation finds, firstly, that it is necessary for the Chinese GTB Law to transfer the following provisions from the German GTB Law: prohibition of surprising clauses, criterion for the test of reasonableness of contents, test of transparency and prohibition of reducing an unfair term to its legally permitted core. Secondly, the adoption of the provisions is only the first step to reach meaningful legal transplantation. It is also vital to adopt the concretization of relevant concepts and the methodology of law application. The third finding is that the reformed GTB Chinese Law can help achieve a balanced interest between employer and employees.

Keywords: Chinese General Terms of Business Law, Control of the general Terms in Employment Contracts, Legal transplantation, Chinese Labour Law

Danksagung

Ganz herzlich möchte ich meinem Doktorvater Herrn Professor Reinhard Singer für seine Unterstützung und sein Verständnis danken, sowie für die Chance, die mir gegeben wurde.

Ein großer Dank geht zudem an den chinesischen Stipendienrat für seine finanzielle Unterstützung.

Bei meiner Familie möchte ich mich für die ständige Unterstützung und das Vertrauen, das mir entgegengebracht wurde, sehr herzlich bedanken.

Ein ganz herzlicher Dank geht auch an Dr. Robert Piwowarski für seine Kritiken und Korrekturen und an Frau Qi Bian, Frau Ganyi Zhang und Frau Yu Zhou für ihre langjährige Unterstützung. Nicht zuletzt und nicht genug kann ich Hu Li danken, der diesen Prozess in all den Jahren begleitet hat.

Berlin, im Februar 2021

Jin Zhao

Abkürzungsverzeichnis im Teil des chinesischen Rechts

ACGB	Allchinesischer Gewerkschaftsbund
ArbG	Arbeitsgesetz der VR China
ArbVG	Arbeitsvertragsgesetz der VR China
Auslegung des CVG	Auslegung der Fragen bei Rechtsanwendung des CVG
Beantwortung Beijing	Beantwortung des Beijing oberen Volksgerichts über die Rechtsanwendung bei arbeitsrechtlichen Fällen
CMAS	das chinesische Ministerium für Arbeit und Soziales
CZPG	Zivilprozessgesetz der VR China
GSVA	Gesetz zu Schlichtungs- und Schiedsverfahren bei Arbeitsstreitigkeiten
CVG	Vertragsgesetz der VR China
CVSG	Verbraucherschutzgesetz der VR China
OVG	das Oberste Volksgericht
RBG	Regeln über Bezahlung von Gehalts
ZGB	Zivilgesetzbuch der VR China

Einführung in die Problematik

A. Ausgangspunkt – gleiche Frage, gleiche Lösung?

Die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen ist kein neues Thema in Deutschland. Nach dem AGB-Gesetz musste eine vorformulierte Klausel der Einbeziehungskontrolle und Inhaltskontrolle standhalten. Ein Arbeitsvertrag wurde zwar vom Arbeitgeber vorformuliert, klammerte die AGB-Kontrolle die arbeitsvertraglichen Klauseln aus (Bereichsausnahme). In diesem Ausklammern spiegelte sich die Aufgabenverteilung zwischen Arbeitsrecht und allgemeinen Zivilrecht wider, die schon bei der ersten einheitlichen Kodifizierung des bürgerlichen Rechts eine bedeutende Rolle gespielt hatte.

Die auf der Vertragsfreiheit basierende Kodifikation ignorierte fast zur Gänze die Besonderheiten eines Arbeitsverhältnisses¹, obwohl die Sozialdemokraten bereits am ersten Entwurf Kritik geübt hatten². Demzufolge wurden die vorhandenen arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen nicht in das BGB eingezogen. Dies ist eine der wesentlichen Gründe dafür, dass sich das Individualarbeitsrecht als Sonderprivatrecht außerhalb des BGB entwickelte.³ Aus diesem Grund ging der Gesetzgeber davon aus, dass der Schutz der benachteiligten Arbeitnehmer bereits durch ein dichtes Netz von zwingenden Vorschriften und kollektiven Vereinbarungen verwirklicht worden sei.⁴ Sobald eine Verbesserung des Schutzniveaus erforderlich wird, sollten besondere gesetzgeberischen Maßnahmen über das BGB hinaus vorgenommen werden.

Allerdings erfassen zwingende Vorschriften und kollektivrechtliche Vereinbarungen nicht alle Fragen, die sich bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses stellen. In zahlreichen Fällen, wie z. B. bei der Vertragsstrafe, bei Ausschlussfristen und bei Freiwilligkeitsvorbehalten, lässt sich allein durch Auslegung des Gesetztextes keine befriedigende Lösung finden. Deshalb erstreckte der Gesetzgeber in Deutschland im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung die AGB-Kontrolle auch auf den Arbeitsvertrag.

¹ Vgl. *Martin Becker*, S. 219; *Thomas Weiß*, S. 74; *Klaus Adomeit*, NJW 1996, 1710, 1711.

² *Manfred Wolf/Jörg Neuner*, S. 83.

³ *Michael Kittner/Bertram Zwanziger (Hrsg.)*, S. 10.

⁴ BT-Drs.7/3919 S.41 (= Bundestags-Drucksache 7.Legislaturperiode, Nr.3919).

Ein weiterer Grund für die Streichung der Bereichsausnahme lag in der dadurch intendierten Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtseinheit. Nach dem AGBG von 1976 fand einerseits das AGB-Gesetz insgesamt keine Anwendung auf Arbeitsverträge. Andererseits wurden Arbeitsbedingungen durch das BAG auf der Grundlage der §§ 242 und 315 BGB im Prinzip so überprüft, als fände eine Inhaltskontrolle auf sie statt⁵. Allerdings waren dabei die Maßstäbe für eine diesbezügliche Kontrolle in der Rechtsprechung nicht einheitlich. Das führte zu Rechtsunsicherheit, welche die Bundesregierung motivierte, einen Gesetzgebungsvorschlag einzureichen, um diese Ausnahmeregelung zu streichen⁶. Des Weiteren wird die Bereichsausnahme im Zuge der Gleichstellung des Schutzniveaus im Arbeits- wie im Zivilrecht durch das Prinzip der Bereichseinschränkung abgelöst⁷. Diesen Wandel nannte *Prof. Henssler* in seinem Beitrag 2002 „Heimkehr des Arbeitsrechts in das allgemeine Zivilrecht“⁸.

Ein zwar nicht identisches, aber ähnliches Rechtsphänomen existiert in China. Seit Mitte der 1980er Jahre tritt der Abschluss von Arbeitsverträgen schrittweise an die Stelle der hoheitlichen Zuweisung von Arbeitskräften⁹. Innerhalb der Rechtswissenschaft wird das Arbeitsrecht nach wie vor als „Wirtschaftsrecht“ oder „Sozialrecht“ bezeichnet¹⁰.

Aus dem Wortlaut der AGB-Regelungen im Vertragsgesetz (im Folgenden: CVG) von 1999 lässt sich nicht ableiten, dass die AGB-Kontrolle keine Anwendung auf Arbeitsverträge fände. Allerdings vertritt ein Großteil der Lehre, wie ihre deutschen Kollegen vor 2002, eine zurückhaltende Meinung. Demnach solle das Vertragsrecht aufgrund der Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses allenfalls eine entsprechende Anwendung auf konkrete Arbeitsverträge haben.¹¹ Vor diesem Hintergrund sind im Arbeitsgesetz (im Folgenden: ArbG) und Arbeitsvertragsgesetz (im Folgenden: ArbVG) zahlreiche Regelungen

⁵ BT-Drs. 14/6857, 53.

⁶ BT-Drs. 14/6857, 53.

⁷ BT-Drs. 14/6857, 53.

⁸ *Henssler*, RdA 2002, 129, 136.

⁹ *LI Jianfei*, The Jurist 6/2009, 80.

¹⁰ z. B.: In vielen Universitäten wird Arbeitsrecht in der Abteilung des Wirtschaftsrechts eingeordnet.

¹¹ *CHANG Kai*, Die gesetzgeberische Grundlage und die Stellung des Arbeitsvertragsgesetzes, Legal Forum 2/2008, 8.

enthalten, die vom CVG abweichen und den Handlungsspielraum des Arbeitgebers in diversen Bereichen beschränken. Auch neigen die Richter in der Praxis eher weniger dazu, bei der Entscheidung auf die im CVG verankerten Schutzmechanismen zurückzugreifen.

Das Hauptproblem dieses Rechtsverständnisses besteht darin, dass einige wichtige Normen lediglich aus normativen Begriffen bzw. vagen Prinzipien bestehen. Diese bieten jedoch keinen näheren Anhaltspunkt für eine Ausschlüsselung des Prüfungsschemas an. Nach § 39 ArbVG ist beispielweise ein schwerwiegender Verstoß gegen die betriebsinterne Regelung Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber. Dabei ist ein schwerwiegender Verstoß ein unbestimmter und somit stark wertender Begriff. Ob ein bestimmtes Verhalten als schwerwiegender Verstoß einzustufen ist oder ob eine betriebsinterne Regelung überhaupt wirksam ist, ist durch eine Auslegung des Wortlauts allein nicht zu ermitteln¹². Hierzu bedarf es einer Abwägung aller Einzelumstände im konkreten Fall. Das führte dazu, dass bei einigen Fällen Teile der Literatur und der Rechtsprechung zu stark auseinanderfallenden Ergebnissen kamen, was letztlich zu Rechtsunsicherheit führte¹³. Einige Juristen nehmen die Prinzipien und Regeln des allgemeinen Zivilrechts zur Hilfe, um die arbeitsrechtlichen Fragestellungen zu analysieren¹⁴. In diesen Arbeiten¹⁵ zeigt sich eine gewisse „Heimkehr des Arbeitsrechts in das allgemeine Zivilrecht“. In einigen jüngeren Aufsätzen wird die AGB-Kontrolle als Rechtsgrundlage herangezogen.¹⁶ Soweit ersichtlich, fehlt es innerhalb der Rechtswissenschaft noch an einer ausführlichen und systematischen Untersuchung über die Anwendungsmöglichkeiten der AGB-Kontrolle in Arbeitsverträge.

Man sieht: die chinesische Rechtswissenschaft steht vor dem gleichen Problem wie die deutsche Rechtswissenschaft vor der Schuldrechtsreform 2002. Es ist demzufolge zu fragen, ob und inwieweit die AGB-Kontrolle mit Hilfe der in der

¹² Vgl. *JIANG Ying/LI Wenpei*, Hebei Rechtswissenschaft 8/2012, 80; *HU Dawu/YANG Fang*, China Labor 24/2016, 23, 26; *YANG Demin*, Die Entwicklung des Personalmanagements Chinas 3/2008, 85, 86.

¹³ *HU Dawu/YANG Fang*, China Labor 24/2016, 23, 25.

¹⁴ *ZHU Jun*, ECUPL Journal 1/2012, 77, 81.

¹⁵ *SHEN Jianfeng*, Peking University Law Journal 6/2017, 1506, 1507.

¹⁶ *DONG Wenjun*, Contemporary Law Review 3/2010, 118, 119.

deutschen Rechtswissenschaft gemachten Erfahrungen auf Arbeitsverträge angewendet werden kann.

B. Ziel der Dissertation

Führt man sich die deutsche Erfahrung über die Erstreckung des AGB-Rechts auf Arbeitsverträgen vor Augen, ist eine Tatsache nicht zu ignorieren. Schon vor der Schuldrechtsmodernisierung hat sich das AGB-Recht zu einer Systematik entwickelt.¹⁷ Besonders bemerkenswert ist die Systematik der Inhaltskontrolle, der Klauselkatalog mit und ohne Wertungsmöglichkeit sowie eine Generalklausel, die eine Vermutungsregel für eine unangemessene Benachteiligung enthielt. Außerdem hat die Rechtsprechung bis 2002 zahlreiche Kriterien zur Interessenabwägung entwickelt. Mithin birgt das AGB-Recht zahlreiche alternative Lösungsansätze zur Beantwortung arbeitsrechtlicher Fragen.

Im Vergleich dazu weist die chinesische AGB-Regelung nur einzelne, fragmentarische Regelungen auf, ohne eine Systematik zu entwickeln. Das chinesische AGB-Recht sieht zwar Regelungen für die Einbeziehung (§ 496 ZVG), die Auslegung (§ 498 ZVG) und die Inhaltskontrolle von AGB (§ § 496, 497 CVG) vor. Es fehlt jedoch an konkreten materiell-rechtlichen Regelungen, die Maßstäbe für die Beurteilung der Wirksamkeit von Klauseln setzen. Daher bedarf das chinesische AGB-Recht zurzeit noch einer systematischen Reform. Nur so können sachgerechte Lösungen für komplexe arbeitsrechtliche Fragen erarbeitet werden.

Angesichts dessen ist es das erste Ziel dieser Dissertation, sich mit der AGB-Kontrolle für Arbeitsverträge im chinesischen Recht systematisch auseinanderzusetzen und die Prüfungsmaßstäbe bezogen auf die jeweilige Fallgruppe zu konkretisieren. Zweitens zielt diese Dissertation mittels Rechtsvergleiches der Rechtsgrundlagen, der Auslegungsmethoden und der Rechtsanwendung im chinesischen und deutschen AGB-Recht auf die Erarbeitung von Reformvorschlägen, die für eine systematische Modernisierung des chinesischen AGB-Rechts genutzt werden zu können. Das

¹⁷ *Stoffels*, AGB-Recht, S. 17.

Fernziel ist es, eine Systematik zu entwickeln, die flexible und sachgerechte Lösungen für komplexe arbeitsrechtliche Probleme liefert.

Um dieses Ziel zu erreichen, gliedert sich die nachfolgende Untersuchung in vier Teile. Zuerst werden die chinesischen Rechtsgrundlagen für die AGB-Kontrolle und ihre Anwendungsmöglichkeit in Arbeitsverträgen analysiert. Spiegelbildlich hierzu wird das deutsche Recht untersucht. Hierbei sollen insbesondere die Unterschiede zum chinesischen Recht im Fokus stehen. Sodann erfolgt eine Bewertung, ob das chinesische Recht von dem deutschen Recht „lernen“ sollte und ob eine Übernahme von rechtlichen Ausgestaltungen ins chinesische Recht sinnvoll und praktikabel erscheint. Die Untersuchung schließt mit konkreten Reformvorschlägen ab.

Der dritte Teil stellt die Wirkweise der im zweiten Teil vorgestellten Reformvorschläge anhand bestimmter Problem- und Fragestellungen vor. Auch wird untersucht, inwieweit die konkrete Auslegung deutscher Vorschriften auf die nunmehr reformierten chinesischen Vorschriften übertragen werden kann. Zu den zu untersuchenden Fragestellungen gehören die AGB-Kontrolle für betriebsinterne Arbeitsordnungen (im Folgenden: BAO), die Vertragsstrafen bei Fortbildungsmaßnahmen und das nachvertragliche Wettbewerbsverbot.

Im vierten Teil werden diejenige Fragen ausgewählt, die in der zukünftigen chinesischen Arbeitswelt entstehen könnten. Insbesondere werden die Leitbildfähigkeit der Kollektivverträge auf dem Betriebsebene und Eingreifen des Gegenseitigkeitsverhältnisses durch AGB-Klauseln eingehend analysiert.

C. Erläuterung der Auswahl von einschlägigen chinesischen Urteilen

In der chinesischen Rechtspraxis spielen die vom Obersten Volksgericht (im Folgenden: OVG) erlassenen abstrakten justiziellen Auslegungen eine herausragende Rolle. Jede abstrakte justizielle Auslegung besteht aus abstrakt-generellen Normen, die zur Konkretisierung oder Ergänzung zur gesetzlichen Vorschriften dienen. Da die Rechtsquellenqualität der abstrakten justiziellen Auslegung von der überwiegenden Meinung anerkannt wird (Teil II, D II. 2. b)), werden sie in dieser Dissertation nicht als Rechtsprechung, sondern als geltendes Recht analysiert.

Bei der Analyse vom Zustand der einschlägigen Rechtsprechung gab es große Schwierigkeiten. Derzeit besteht noch kaum Kommentarliteratur in China. Deshalb muss alle einschlägige Entscheidungen für den Zeitraum von mehr als 20 Jahren gesammelt werden. Die Datenmenge ist gigantisch: Die Datenbank Wolters Kluwer enthielt für den Zeitraum von 2000 bis Anfang 2020 295,154 Entscheidungen aller chinesischen Gerichte, die bei der Suche nach dem Stichwort „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ angezeigt wurden. Daneben finden sich 1,112,060 Entscheidungen bezüglich der arbeitsvertraglichen Fragen in dieser Datenbank. Weder möglich noch notwendig ist es, alle Entscheidungen zu analysieren und bewerten. Sinnvoller ist es vielmehr, daraus die wichtigen und repräsentativen Entscheidungen auszuwählen. Als Untersuchungsgegenstände erfolgt die Auswahl der Entscheidungen nach ihrem Prägekraft in der Praxis und Literatur. Hiernach werden in dieser Dissertation folgende Entscheidungen ausgesucht und bewertet.

1. Entscheidungen des OVG und die ausgewählten Leitentscheidungen

Von 1, 112,060 Entscheidungen bezüglich der arbeitsvertraglichen Fragen sind 39 von dem OVG getroffene Entscheidungen. Nur eine Entscheidung handelt von der Wirksamkeit einer arbeitsvertraglichen Klausel.

Bemerkenswert sind die vom obersten Volksgericht ausgewählten Leitentscheidungen, die zur Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsanwendung dienen. Das Oberste Volksgericht hat am 26. Nov. 2010 die „Bestimmung des Obersten Volksgerichts über die Arbeit der Anleitung mit Fällen“¹⁸ bekannt gegeben. Nach dieser Bestimmung werden die Volksgerichte verpflichtet, die vom obersten Volksgericht ausgewählten Leitentscheidungen bei den Entscheidungen gleichgelagerten Fallgruppen heranzuziehen. Ein Jahr später hat das Oberste Volksgericht die ersten vier Leitentscheidungen veröffentlicht. Als erste Leitentscheidung wurde eine Entscheidung ausgewählt, in der das Shanghai zweite mittlere Volksgericht eine AGB-Klausel in einem Markklervertrag für unwirksam hielt. Bis heute wurden insgesamt 112 Leitentscheidungen, darunter 16 im Bereich des

¹⁸ Chinesisch: 关于案例指导工作的规定. Ausführliche Ausführung zum Thema der „Leitentscheidungen“ sieht man in: *Zheng Liu*, in: *Yuanshi Bu (Hrsg.)*, S. 197 ff; Ahl, ZChinR 2012, 1, 10 ff..

Vertragsrechts und zwei im Bereich des Arbeitsrechts, publiziert.¹⁹ Davon ist auszugehen, dass eine solche Leitentscheidung den Standpunkt des OVG über bestimmte Fallgruppen widerspiegelt. Es ist daher sinnvoll, sie zu analysieren.

2. Beantwortungen und Leitansichten oberer Volksgerichte

Auch sinnvoll ist die Analyse der „Beantwortungen“ und Leitansichten der oberen Volksgerichte. Heutzutage tendieren immer mehr obere Volksgerichte dazu, ihre Meinung über einige repräsentative arbeitsrechtliche Fallgruppen im Wege der „Beantwortung (答复)“ oder „Leitansichten (指导意见)“ zu erlassen. Eine solche Beantwortung oder Ansicht spielt eine unentbehrliche Rolle in der Rechtspraxis auf der Ebene der Provinz, obwohl sie keine formale Bindungswirkung hat. Unter ihrem Einfluss werden die Entscheidungen bei bestimmten Fallgruppen innerhalb eines Provinzen vereinheitlicht. Zugleich unterscheiden sich die Meinungen über einige Fallgruppen vom Provinz zu Provinz. Ein Beispiel dafür liegt in der Voraussetzung einer wirksamen betriebsinternen Arbeitsordnung.²⁰

3. Entscheidungen der mittleren und ersten Volksgerichte, die im Amtsblatt und Fallsammlung des OVG veröffentlicht wurden.

Neben den Leitentscheidungen werden auch Entscheidungen von unteren Gerichten vom OVG als repräsentative Entscheidungen ausgewählt und im Amtsblatt des Obersten Volksgerichts und in der Monatszeitschrift „Ausgewählte Urteile der Volksgerichte“ veröffentlicht. Solche Entscheidungen werden mit „Modellcharakter“ vom OVG ausgewählt und dienen den Richtern unterer Gerichte als Anleitung für die Entscheidungsfindung bei ähnlichen Fällen, um die Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsanwendung zu gewährleisten.²¹ Allerdings gibt es keine Bestimmung oder Vorgabe, die die Volksgerichte verpflichtet, solche ausgewählten Entscheidungen bei der Entscheidung ähnlicher Fälle zu berücksichtigen. Dadurch unterscheiden sich ausgewählte Entscheidungen von den Leitentscheidungen. Deshalb weicht sowohl das instanzgerichtliche als auch das berufungsgerichtliche Urteil häufig

¹⁹ <http://www.court.gov.cn/shenpan-gengduo-77.html?page=2>.

²⁰ Ausführliche Ausführung hierzu sieht man in Teil III, A. I. 3.

²¹ CHENG Xiao, S. 23.

von den repräsentativen Entscheidungen ab.²² Trotzdem spielen solche Entscheidungen in der Rechtspraxis eine unentbehrliche Rolle. Es ist nicht selten, dass die Gerichte die ausgewählten Entscheidungen bei ähnlichem Sachverhalt recherchieren. Angesichts dessen werden solche ausgewählten Entscheidungen in dieser Dissertation eingegangen.

4. Sonstige Entscheidungen der mittleren und ersten Volksgerichte

Die oben genannten Entscheidungen können nicht den aktuellen Rechtsprechungsstand aller entsprechenden Fallgruppen reflektieren. Viele Entscheidungen, zum Beispiel die über nachvertragliche Wettbewerbsverbote, sind weder als Leitentscheidungen, noch als repräsentative Entscheidungen ausgewählt worden. Um die aktuelle Entwicklung zu erforschen, wird eine Stichprobe mit einer willkürlichen Auswahl gemacht. Das heißt: Bei jeder Fallgruppe werden zunächst diejenigen Entscheidungen als Forschungsgegenstände ausgewählt, die von den mittleren und ersten Volksgerichten in folgenden Regionen getroffen wurden: Beijing, Shanghai, Tianjin, Chongqing, Chengdu, Wuhan, Guangdong Provinz (vor allem die Hauptstadt Guangzhou und Shenzhen), Jiangsu Provinz, und Zhejiang Provinz. Einerseits liegt dies daran, dass diese Regionen ein relativ schnelles Wirtschaftswachstum in China kennzeichnet und deshalb eine intensivere wirtschaftliche Kooperation mit Deutschland stattfindet. Andererseits wird ein großer Teil der ausgezeichneten chinesischen juristischen Fachkräfte in dieser Region eingestellt. Zur Forschungsgegenstände zählen auch die von anderer Volksgerichte getroffenen Entscheidungen, die in der Literatur mehrmals erwähnt werden.

²² *Arbeitsgruppe aus Sichuan Ober Volksgericht und Sichuan Universität, China Legal Science* 2013/3, 34, 39.

Teil I. Die geltende arbeitsrechtliche AGB-Kontrolle Regelung in China

A. Überblick über das AGB-Recht in China

I. Gesetzliche Vorschriften

1. Vorschriften im Vertragsgesetz

Das chinesische AGB-Recht ist bisher noch nicht systematisch kodifiziert worden. Der Schutz des Vertragspartners vor benachteiligenden, vorformulierten Klauseln wird zum Teil durch Vorschriften im Vertragsgesetz, und zum Teil im Verbraucherschutzgesetz ²³ (im Folgenden: CVSG) sichergestellt. Gemäß § 2 S. 1 CVSG werden die Rechte und Interessen der Verbraucher durch dieses Gesetz geschützt, wenn Verbraucher zur Erfüllung ihrer Bedürfnisse im alltäglichen Leben Waren oder Dienstleistungen entgeltlich erwerben. Als der Gegenbegriff von „Verbraucher“ wird „Betriebswirt“ in § 3 CVSG definiert. Demnach ist ein Betriebswirt derjenige, der Waren hergestellt oder verkauft oder der Dienstleistungen anbietet.

Aufgrund dieser Tautologie ist der Versuch, den Begriff des Verbrauchers klar zu definieren im CVSG ist misslungen. Hierdurch entstehen zahlreiche Anwendungsprobleme in der Rechtsanwendung. ²⁴ Nach überwiegender Auffassung ist eine Person als Verbraucher anzusehen, welche Waren oder Dienstleistungen zu nicht gewerblichen Zwecken entgeltlich erwirbt.²⁵ Deshalb verbietet es sich, Arbeitnehmer als Verbraucher wie im deutschen Recht zu klassifizieren. Die Vorschriften des CVSG finden also keine Anwendung auf Arbeitsverträge. Aus diesem Grund wird in dieser Dissertation nur auf die Vorschriften im CVG und im ZGB eingegangen.

In dem CVG wird die AGB-Kontrolle in § 39 (Definition der AGB, Einbeziehung und Generalmaßstab für Inhaltskontrolle), § 40 (Inhaltskontrolle) und § 41 (Auslegung) geregelt:

²³ Vgl. § 26 CVSG. Der Inhalt der Vorschrift findet man im Anhang.

²⁴ *CHI Ying*, Legal Science 10/2015, 24, 25.

²⁵ Vgl. *WANG Liming*, Political Science and Law 2002/2, 3, 4; *LIANG Huixing*, People's Court Daily am 29. 03. 2001; *YANG Lixin/LIU Zhaocheng*, Law Science Magazine 2013/1, 28, 34 ff.

§ 39 CVG: Wenn zur Errichtung eines Vertrages allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden, muss die Partei, welche die allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt, wenn sie die Rechte und Pflichten der Parteien gegeneinander festsetzt, sich an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten und eine vernünftige Art und Weise wählen, um die andere Seite auf Klauseln aufmerksam zu machen, welche die Haftung dieser [die Geschäftsbedingungen stellenden Partei] ausschließen oder einschränken und auf Wunsch der anderen Seite diese Klauseln erklären.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Klauseln, die von der Partei zur wiederholten Verwendung vorweg entworfen und nicht bei der Errichtung des Vertrages mit der anderen Seite ausgehandelt werden.

§ 40 CVG: Wenn der Verwender in seinen AGB eine eigene Haftung ausschließt, die Haftung der anderen Partei verschärft oder wesentliche Rechte der anderen Vertragspartei aushöhlt, sind die vom Verwender gestellten AGB unwirksam.

§ 41 Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen bei Streitigkeiten über ihre Auslegung im allgemein üblichen Sinne ausgelegt werden. Wenn mehrere Auslegungen möglich sind, müssen sie in dem Sinn ausgelegt werden, der für die Seite, die sie gestellt hat, nicht von Vorteil ist. Wenn allgemeine Geschäftsbedingungen mit Klauseln im Widerspruch stehen, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, gelten die Klauseln, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind.

2. Vorschriften im Zivilgesetzbuch

Mit der Kodifikation des chinesischen Zivilrechts wurden die §§ 39-41 CVG ins chinesische Zivilgesetzbuch (im Folgenden: ZGB) überführt, das am 1. 1. 2021 in Kraft getreten ist. Gleichzeitig wurde das CVG aufgehoben. Diese drei Vorschriften finden sich in den §§ 496-498 ZGB. Der materielle Inhalt der Vorschriften bleibt fast unverändert.

§ 496 ZGB: Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Klauseln, die von der Partei zur wiederholten Verwendung vorweg entworfen und nicht bei der Errichtung des Vertrages mit der anderen Seite ausgehandelt werden.

Wenn zur Errichtung eines Vertrages allgemeine Geschäftsbedingungen

verwendet werden, muss die Partei, welche die allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt, wenn sie die Rechte und Pflichten der Parteien gegeneinander festsetzt, sich an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten und eine vernünftige Art und Weise wählen, um die andere Seite auf Klauseln wie etwa den Ausschluss oder die Einschränkung der Haftung aufmerksam zu machen, die sich auf wesentliche Interessen des Vertragspartners beziehen, und auf Wunsch der anderen Seite diese Klauseln erklären. Erfüllt der Verwender die Hinweis- oder Erklärungspflicht nicht, so dass der Vertragspartner die Klauseln, die sich auf wesentliche Interessen des Vertragspartners beziehen, nicht beachtet, hat der Vertragspartner das Recht, sich auf die Nicht-Einbeziehung solcher Klauseln zu berufen.

§ 497 ZGB: Wenn der Verwender in seinen AGB eine eigene Haftung unangemessen ausschließt, die Haftung der anderen Partei unangemessen verschärft oder wesentliche Rechte der anderen Vertragspartei aushöhlt, sind die vom Verwender gestellten AGB unwirksam.

§ 498 ZGB: Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen bei Streitigkeiten über ihre Auslegung im allgemein üblichen Sinne ausgelegt werden. Wenn mehrere Auslegungen möglich sind, müssen sie in dem Sinn ausgelegt werden, der für die Seite, die sie gestellt hat, nicht von Vorteil ist. Wenn allgemeine Geschäftsbedingungen mit Klauseln im Widerspruch stehen, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, gelten die Klauseln, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind.

3. Rechtsfolge der Unwirksamkeit

Werden die Anforderungen aus den §§ 496, 497 ZGB (§§ 39, 40 CVG) nicht erfüllt, ist die Klausel unwirksam. Die Rechtsfolge aus der Unwirksamkeit ergibt sich aus der allgemeinen Regelung des § 156 ZGB (§56 CVG). Dieser regelt die Unwirksamkeit von Klauseln, unabhängig davon, ob es sich hierbei um individuell ausgehandelte Klauseln oder um AGB handelt. Der unwirksame Teil hat von Anfang an keine rechtliche Bindungskraft und führt grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags. Der unwirksame Teil wirkt sich ausnahmsweise dann auf den gesamten Vertrag aus, wenn ausnahmsweise der unwirksame Teil derart wichtig ist, dass sein Fehlen den Sinn und Zweck des Vertrages beeinträchtigt.

Im Gegensatz zur deutschen Praxis, kennt weder das CVG (ZGB) noch die chinesische Praxis ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.

II. Fehlen einer klaren Prüfungsreihenfolge

Im deutschen Recht erfolgt die AGB-Kontrolle einer Klausel nach einer klaren Prüfungsreihenfolge²⁶: Zunächst muss festgestellt werden, ob es sich überhaupt um AGB handelt. Sodann wird geprüft, ob diese als Vertragsbedingungen in den Vertrag einbezogen sind. Danach ist der Inhalt der konkreten Klausel nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Vor der Inhaltskontrolle ist noch zu prüfen, ob eine Individualvereinbarung vorliegt. Zielt sowohl eine Individualabrede, als auch eine AGB-Klausel auf dieselben Rechte und Pflichten ab, geht die Individualabrede vor. Abschließend erfolgt die Inhaltskontrolle, die das Kernstück der AGB-Kontrolle darstellt. Diese Prüfungsreihenfolge im deutschen Recht beruht auf der Rechtsgeschäftslehre. Nach dieser Lehre macht die gerichtliche Kontrolle von Inhalt eines Rechtsgeschäfts erst Sinn, wenn es durch Willenserklärungen zustande gekommen ist.

Ein klares Verständnis über eine Prüfungsreihenfolge fehlt derzeit in der chinesischen Praxis: Oftmals ist zu beobachten, dass die Gerichte die betreffenden Klauseln direkt der Inhaltskontrolle unterziehen, ohne zu prüfen, ob sie überhaupt in den Vertrag einbezogen worden sind²⁷ oder ob eine Individualabrede vorliegt, deren Inhalt einer AGB-Klausel widerspricht. Letzteres wird insbesondere durch den nachfolgenden Fall²⁸ veranschaulicht: Frau Y und Ausbildungszentrum X einigen sich darüber, dass die Arbeitsvergütung von Frau Y aus Grundgehalt (8000 RMB pro Monat) und Prämien besteht. Während das Grundgehalt monatlich ausgezahlt wird, werden die Prämien zum Jahresende ausgezahlt. Im Anhang des Arbeitsvertrags findet sich eine Klausel, die besagt, dass Frau Y erst die Prämien für das ganze Jahr bekommen kann, wenn sie bis zum Ende desselben Jahres das Arbeitsverhältnis nicht kündigt. Frau Y führte bei der

²⁶ Lakies, S. 110.

²⁷ Xuxu He, S. 18.

²⁸ YANG Shuqin vs. New Concept School (Fuzhou) & New Concept School (Xiamen Huli), Urteil vom Xiamen mittleren Volksgericht am 09. 05. 2014, Akz. Nr.: (2014) 厦民终字第 375 号.

Klagebegründung aus, dass der Inhalt der Klausel im Anhang, die als AGB-Klausel in den Arbeitsvertrag einbezogen worden war, im Widerspruch zu der Individualabrede stehe. Deshalb habe die Individualabrede Vorrang. Das Xiamen Mittlere Volksgericht hält die Klausel aber direkt gemäß § 40 CVG für unwirksam, weil sie den Arbeitgeber von seinen Pflichten befreit und die Rechte des Arbeitnehmers ausschließt.

Das Fehlen einer klaren Prüfungsreihenfolge geht auf die Formulierung des § 39 S. 1 CVG zurück, die eine gemischte Kontrolle von Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle vornimmt und die inhaltliche Anforderung (nach dem Gerechtigkeitsprinzip halten) vor der Hinweis- und Erklärungsobliegenheit stellt. Darum ist es nichts Ungewöhnliches für chinesische Rechtsanwender, die in Frage stehende Klausel direkt in die Inhaltskontrolle zu unterziehen.²⁹ Das Phänomen zeigt, dass bei der Gesetzgebung die Rechtsgeschäftslehre für den Gesetzgeber noch ein Fremdwort war, obwohl es schon in der Literatur diskutiert worden ist. Die Auswahl der Formulierung von AGB-Regelungen orientiert sich nicht an dem rechtswissenschaftlichen logischen Verhältnis, sondern vielmehr an den Geschehnissen des Verhaltens im Alltagsleben.

M. E ist es notwendig, ja möglich, die Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle separat ins chinesische AGB-Recht vorzunehmen und die Prüfungsreihenfolge ins chinesische AGB-Recht und die Rechtsanwendung einzuführen, indem die Rechtsgeschäftslehre zunehmend an Bedeutung in der juristischen Ausbildung gewinnt. Gerade aus diesem Grund wird das chinesische Kontrollsystem von AGB im folgenden Teil ebenfalls nach der Prüfungsreihenfolge erläutert: Begriffsbestimmung, Einbeziehungskontrolle, Auslegung und Inhaltskontrolle der AGB, und die Rechtsfolge der Nicht-Einbeziehung und Unwirksamkeit.

B. Begriffsbestimmung: AGB

AGB werden im chinesischen Recht in § 496 S. 1 ZGB (§39 S. 2 CVG) definiert als Vertragsbedingungen, die zur wiederholten Verwendung von einer Partei vorentworfen sind und die bei Vertragsabschluss nicht mit der anderen Vertragspartei ausgehandelt wurden. Für die Rechtsprechung scheint lediglich

²⁹ Vgl. *LIANG Huixing*, China Legal Science 1999/3, 13; *CUI Jianyuan*, Science of Law 3/2001, 120; *WANG Liming*, Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft, 6/1999, 3, 6; *FU Jian*, Law Review 4/2001, 128; *ZHOU Linqing*, Modern Law Science 4/2011, 185.

das Merkmal der Vorformulierung von Bedeutung zu sein. Die Literatur prüft jedoch bei der Bestimmung von AGB, ob es sich hierbei um Vertragsbedingungen handelt, die nicht ausgehandelt wurden.

Das Merkmal „Vertragsbedingung“ und „zur wiederholten Verwendung“ ist gleichbedeutend mit dem Merkmal „Vertragsbedingungen“ und „Vielzahl von Verträgen“ i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB. AGB liegen bereits dann vor, wenn der Verwender die Klausel mehrfach zu verwenden beabsichtigt, selbst wenn sie tatsächlich nur einmal verwendet worden sind.

I. Vertragsbedingungen

Nach überwiegender Ansicht sind unter Vertragsbedingungen die vereinbarten Bestandteile von mehrseitigen Rechtsgeschäften zu verstehen, die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien festsetzen.³⁰ Unerheblich ist die Form der Vertragsbedingungen. Sie können bereits in einer Erklärung, einer Ankündigung oder in einer Bekanntmachung gem. § 496 S. 1 ZGB (§39 S. 2 CVG) zu sehen sein, soweit sie die Rechte und Pflichten bestimmen.

Trotz dieses Verständnisses bleibt die Einordnung, ob eine Vertragsbedingung im konkreten Fall vorliegt, in einzelnen Fällen schwierig und ist von den besonderen Gegebenheiten abhängig. So ist zum Beispiel fraglich, ob in der Bestätigung bestimmter Tatsachen mittels einer vorgedruckten Erklärung einer Partei eine Vertragsbedingung gesehen werden kann, wenn die Erklärung durch die andere Partei bereitgestellt wird. Ein typisches Beispiel hierfür ist die „Bestätigung der Kündigung des Arbeitsvertrags“. Diese beinhaltet die beiderseitige Erklärung, dass ein schuldrechtliches Verpflichtungen zwischen den Vertragsparteien (mehr) bestehen.³¹ Eine solche Erklärung wird regelmäßig als schuldbefreiender beidseitiger Verzicht des gesehen. Die vorgedruckte Bestätigung befreit den Arbeitgeber von der Zahlung der

³⁰ Vgl. *CUI Jianyuan*, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, S. 216; *HAN Shiyuan*, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, S. 6; *WANG Liming*, Forschung über Vertragsrecht (Band I), S. 9.

³¹ In dem Fall „LI Wenhui vs. Cinda New Asset Management (CNAM)“ lässt sich der Beklagte, CNAM, in einer „Erklärung der Kündigung“ von dem Kläger, LI Wenhui, bestätigen, dass das Schuldverhältnis zwischen beiden Parteien erlöschen worden ist. LI Wenhui verlangt aufgrund der ungültigen Kündigung die Abfindung, weil die Klausel eine AGB und gemäß §§ 39, 40 CVG unwirksam ist. Das Beijing zweite mittlere Volksgericht hielt die Kündigung für wirksam und wies damit den Anspruch auf die Abfindung zurück. Die Frage, ob es sich bei der Klausel überhaupt um eine AGB handelt, wurde allerdings nicht in dem Urteil beantwortet. Akz. des Urteils: (2017) 京 02 民终 9853 号.

Abfindung und sonstigen Pflichten und ist damit ebenso Vertragsbedingung. Ob es sich im Folgenden auch um eine AGB handelt, hängt von den weiteren Voraussetzungen des § 496 S. 2 ZGB (§ 39 S. 1 CVG) ab.

II. Vorformulierung

§ 305 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass die Vertragsbedingungen vom Verwender gestellt werden. Der Wortlaut des § 496 S. 1 ZGB (§ 39 S. 2 CVG) ist strenger und verlangt, dass Vertragsbedingungen von dem Verwender selbst vorformuliert wurden. Die Rechtsprechung dehnt die Anwendung sehr weit über den Wortlaut ohne nähere Begründung aus. Demnach reicht es aus, wenn ein Dritter die AGB ausgearbeitet und der Verwender sie gestellt hat. Beim Bezug auf „Musterverträge“³² handelt es sich ebenso um AGB, wenn der Verwender mit dem Vertragspartner nicht über den Bezug verhandelt hat.³³

III. Kein Aushandeln

Kein Aushandeln setzt nach allgemeiner Ansicht³⁴ in der Literatur voraus, dass der Vertragspartner keine Möglichkeit hat, unmittelbaren oder faktischen Einfluss auf den Inhalt der AGB auszuüben. Verzichtet der Vertragspartner auf diese Möglichkeit und stimmt er einfach einer gestellten Klausel widerspruchlos zu, wird die Klausel auch als ausgehandelt angesehen. Eine „Möglichkeit“ setzt voraus, dass ausreichende Informationen über den Vertragsgegenstand

³² Musterverträge werden von chinesischen Verwaltungsämtern bzw. Standesvertretungen verfasst und veröffentlicht und sollen transparente und sichere Rechtsverhältnisse zwischen den kontrahierenden Parteien schaffen. In der Praxis sind Musterverträge insbesondere im Bereich der Versicherung, Immobilientransaktion verbreitet. Ausführlich sieht man in: GAO Shengping, Journal of Jishou University (Social Sciences Edition) 4/2005, 105, 107ff.

³³ GAO Shengping, Journal of Jishou University (Social Sciences Edition), 4/2005, 105, 107ff. LIU Zhihui, S. 2; DAI Guopu, Cupul Post Graduate 1/2017, 218, 221. Andere Ansicht sieht man in: WANG Liming, Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft, 6/1999, 3, 6.

³⁴ Vgl. WANG Liming, Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft, 1999/6, 3, 9 ff; ders., Forschung über Vertragsrecht (Band I), 408 ff. XIE Hongfei, Neue Entwicklung des Vertragsrechts, 2014, S. 144 ff.; CUI Jianyuan (Hsrg.), Vertragsrecht, S. 62; WANG Hongliang, Allgemein Teil des Schuldrechts, S. 58.

eingeholt werden können und der Verwender keine Monopolstellung im Markt innehat.³⁵ Der Verwender trägt die Beweislast für das Aushandeln.³⁶

Wird dieses Verständnis auf Arbeitsverträge übertragen, muss bei der Einbeziehungskontrolle geprüft werden, ob der Arbeitnehmer über die Möglichkeit verfügt, zumindest faktischen Einfluss auf den Inhalt der Klausel auszuüben. In der chinesischen Arbeitswelt wird dies normalerweise nicht der Fall sein. Denn vor Vertragsabschluss wird meistens nur über die Hauptkonditionen, namentlich die Arbeitsstelle, die Arbeitszeit und die Arbeitsvergütung, verhandelt. Auch wenn dem Arbeitnehmer ein zeitlich befristetes Angebot unterbreitet wird, hat er während dieser Zeit oftmals die arbeitsvertraglichen Klauseln nicht oder nicht vollständig vorliegen.³⁷ So kommt es vor, dass der Arbeitnehmer erst bei der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags am Platz des Arbeitgebers zum ersten Mal von vorformulierten Arbeitsbedingungen erfährt. Der Arbeitnehmer ist typischerweise einer gewissen Drucksituation ausgesetzt. Ihm verbleibt wenig Zeit, das vorliegende Angebot anzunehmen, sodass er innerhalb dieser tatsächlich zur Verfügung stehenden Zeitspanne gar keine Möglichkeit hat, sich über die vorliegenden Arbeitsbedingungen zu informieren. Aus diesem Grund ist im Regelfall zu vermuten, dass solche Klauseln im Arbeitsvertrag nicht verhandelt worden sind.

C. Wirksame Einbeziehung

I. Anwendungsbereich

Die Voraussetzungen der Einbeziehung von AGB wurden im CVG nur unvollständig geregelt. Denn nach § 39 S.1 CVG bezieht sich die Hinweis- und Erklärungspflicht der Verwender lediglich auf haftungsausschließende und -beschränkende Klauseln. Diese Beschränkung wird in § 6 Abs. 2 der vom Obersten Volksgericht erlassenen „Auslegung der Fragen bei

³⁵ Andere Ansicht sieht man in: *HE Xuxu*, The Jurist 6/2018, 173, 179 ff. Nach ihrer Ansicht besteht für die Vertragspartner zwar die Möglichkeit, ausreichende Information zu erhalten und auf anderem Anbieter zu wechseln. Aber wegen der aufwendiger Kosten verzichten Vertragspartner meist in der Praxis, mit Verwender zu verhandeln. Der Hauptgrund dafür ist, dass die aufwendigen Kosten für Informationserhalten und Vergleich verschiedener Anbieter in keinem Verhältnis zur damit erbringenden Interessen stehen. Deshalb soll es zu vermuten sein, dass eine vorformulierte Klausel nicht verhandelt worden, wenn der Wert des Vertragsgegenstandes relativ gering ist.

³⁶ Vgl. *CAI Shijun*, S. 171.

³⁷ *LIANG Tianyun*, .

Rechtsanwendung des CVG³⁸ (im Folgenden: Auslegung des CVG) ,Teil II“³⁹ noch einmal bestätigt. Die in § 39 S. 1 CVG enthaltene Beschränkung ist in der Literatur auf heftige Kritik gestoßen.⁴⁰ Die Beschränkung steht einem ausreichenden Interessenschutz entgegen. Denn die Interessen des Verbrauchers können ebenso durch andere Arten von Klauseln beeinträchtigt werden. Daher wird eine Erweiterung des Anwendungsbereiches der Hinweis- und Erklärungspflicht durch eine weite Auslegung auf alle Arten von Klauseln befürwortet.⁴¹ Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber mit § 39 CVG keine abschließende Regelung erlassen wollte, denn dieser hatte die Haftungsbeschränkung als besonders kritisch gesehen und diese durch eine separate Nennung besonders betonen wollen. Einige Gerichte scheinen diese Auslegung zu berücksichtigen, indem sie auch für andere Arten von Klauseln, auf die der Verwender nicht hingewiesen oder die er nicht erklärt hat, nicht Bestandteil der zu beurteilenden Verträge wurden.⁴² Der Anwendungsbereich dieser Pflicht wird in § 496 S. 2 ZGB bis solche Klauseln erweitert, die sich auf wesentliche Interessen des Vertragspartners beziehen.

II. Voraussetzung der wirksamen Einbeziehung

Nach § 496 ZGB (§39 CVG) ist die erfolgreiche Einbeziehung von AGB in den geschlossenen Vertrag von zwei Voraussetzungen abhängig. Zunächst muss der Verwender vor oder bei Vertragsschluss dem Vertragspartner in einer zumutbaren und angemessenen Weise auf die AGB hinweisen. Danach muss der Verwender dem Vertragspartner die rechtliche Bedeutung die Tragweite der AGB-Klauseln erklären, soweit er von dem Vertragspartner dazu aufgefordert

³⁸ Auf Chinesisch: 最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释.

³⁹ Diese Auslegung ist eine Art von der abstrakten justiziellen Auslegung von dem Obersten Volksgericht (im Folgenden: OVG), die eine große Bedeutung in der Praxis hat. Um die Rechtsnormen zu konkretisieren und ergänzen, erlässt das OVG seit achtziger Jahren abstrakt-generelle Normen, die auf Chinesisch als „Justizauslegung“ bezeichnet. Da diese Bezeichnung aus deutscher Perspektive missverständlich ist, wird solche Normen im Teil des deutschsprachigen Schrifttums als „abstrakte justizielle Auslegung“ bezeichnet. Ausführlich hierzu sieht man in: *Björn Ahl*, ZChinR 2007, 251.

⁴⁰ Vgl. *SU Haopeng*, in: *SHEN Sibao*, S. 46; *DAI Guopu*, Cupul Post Graduate 2017/1, 218, 223.

⁴¹ *WANG Liming*, Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft, 1999/6, S. 3, 15.

⁴² Z. B.: In einer der repräsentativen Rechtsprechung hat Wuxi Quanshan Volksgericht festgestellt, dass eine vorformulierte Klausel, die Rechte des Verbrauchers in einem Handy-Tarifvertrag beschränkt, wegen fehlender Hinweisen und Erklärungen nicht in den Vertrag einbezogen wurde. Siehe in: *Liu Chaojie vs. China Telekom Xuzhou*, in: Kommunique des OVG VR China Heft 10/2012.

wurde. § 496 ZGB sieht nicht ausdrücklich vor, dass die erfolgreiche Einbeziehung der AGB eine Erklärung über das Einverständnis des Vertragspartners voraussetzt. Teilweise wird es aber vertreten, die Einverständniserklärung als dritte Voraussetzung für die Einbeziehung anzusehen.⁴³ In der Praxis wird eine erfolgreiche Einbeziehung der AGB-Klauseln in den Einzelvertrag befürwortet, soweit der Verwender die Hinweis- und Erklärungsobliegenheit gemäß § 496 ZGB erfüllt und der Vertragspartner den Vertrag unterschreibt.

1. Hinweise

Ihrem Inhalt nach ist die Hinweisobliegenheit i. S. d. § 496 ZGB nichts anderes als die Hinweispflicht des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Das heißt: ein Hinweis soll anhand der konkreten Umstände in geeigneter Form und Sprache ausdrücklich erfolgen.⁴⁴ Es genügt, wenn ein herkömmlicher Kunde den Hinweis mit mäßiger Aufmerksamkeit selbst bei nur kurzer Betrachtung nicht übersehen würde.⁴⁵ Ist ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertrags nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich, muss der Verwender durch zumindest einen deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf die AGB hinweisen.

2. Erklärung

Aus der Pflicht des Verwenders, die in den AGB enthaltenen Klauseln hinsichtlich ihrer rechtlichen Bedeutung und Tragweite zu erklären, wird geschlussfolgert, dass der Vertragspartner die Möglichkeit erhalten soll, Kenntnis von den AGB nehmen zu können.⁴⁶ Anders als § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB es vorsieht, trifft den Verwender nach § 496 ZGB eine solche Pflicht erst dann, wenn der Vertragspartner danach fragt. Eine Ausnahme gibt es beim Abschluss von Versicherungsverträgen. Gemäß § 17 S. 2 Versicherungsgesetz Chinas muss der Verwender den Inhalt der Freizeichnungsklauseln in schriftlicher oder mündlicher Weise unaufgefordert erklären. Nach Ansicht des OVG muss der Verwender die haftungsbefreienden Klauseln, einschließlich der

⁴³ Vgl. *SU Haopeng*, in: SHEN Sibao, S. 46; *DAI Guopu*, *Cupul Post Graduate* 2017/1, 218, 223.

⁴⁴ Ausführliche Ausführung sieht man in: *Xuxu He*, S. 18 ff.

⁴⁵ *SU Haopeng*, S. 273.

⁴⁶ Ausführliche Ausführung sieht man in: *Xuxu He*, S. 21.

Fachbegriffe, so erklären, dass der Vertragspartner die Vertragsbedingungen ohne weiteres verstehen kann. Der Vertragspartner soll auch über die Umstände und Voraussetzungen aufgeklärt werden, die den AGB zufolge seine Rechte und Pflichten beeinflussen.⁴⁷

D. Auslegung der AGB-Klauseln

Zunächst wird die Auslegung von AGB-Klauseln abstrakt erörtert. Hierzu gilt es zunächst die Rechtsgrundlage für die Auslegung zu benennen und den Maßstab der Auslegung festzulegen. Sodann wird auf Besonderheiten der Auslegung, insbesondere der sogenannten „Unklarheitenregel“ eingegangen, bevor diese Regelungen anhand konkreter Anwendungsbeispiele im Arbeitsrecht aufgezeigt und erklärt werden.

I. Auslegungsregel

Genauso wie das deutsche AGB-Recht, ist die Auslegung der AGB-Klausel im chinesischen Recht ebenso die Vorstufe der Inhaltskontrolle.

1. Der Grundsatz der objektiven Auslegung

Gemäß § 498 S. 1 ZGB muss eine vorformulierte Klausel zunächst „im allgemein üblichem Sinne“ ausgelegt werden. „Im allgemein üblichen Sinne“ wird bei der Auslegung von Klauseln von der Rechtsprechung und der Literatur als das Gebot verstanden, auf den objektivierten Empfängerhorizont abzustellen. Es wird darauf abgestellt, wie ein objektiver Dritter ohne spezielle Fachkenntnisse und Sonderwissen die Regelungen verstehen würde.⁴⁸ Dementsprechend werden individuelle Umstände, wie etwa Sonderwissen des Empfängers, außer Acht gelassen.⁴⁹ Bei der Auslegung eines Begriffs, der sowohl im allgemeinen als auch im fachlichen Sprachgebrauch vorkommt, gilt der Bedeutung des allgemeinen Sprachgebrauchs den Vorrang einzuräumen.⁵⁰

⁴⁷ „Die Antwort auf die Frage über die Auslegung der „Erklärung“ i. S. d. § 17 Versicherungsgesetz (最高人民法院研究室关于对《保险法》第十七条规定的“明确说明”应如何理解的问题的答复)“, erlassen von OVG, am 24. 01. 2000, in Kraft treten ab 27. 01. 2000. Solche Antwort von OVG ist auch eine Art von der abstrakten justiziellen Auslegung von OVG.

⁴⁸ Vgl. LIANG Huixing, Kampf um das Chinas Zivilgesetzbuch, S. 264; HAN Shiyuan, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, S. 745.

⁴⁹ WANG Liming, Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft 6/1999, 3, 12.

⁵⁰ HAN Shiyuan, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, S. 745.

2. Die Unklarheitenregel

Nach § 498 S. 2 ZGB gehen Zweifel bei der Auslegung von AGB zu Lasten des Verwenders (sog. Unklarheiten). Hierdurch entsteht für den Verwender, der die Vertragsgestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nimmt, die Obliegenheit, die Klauseln klar und deutlich zu formulieren.⁵¹ Die Unklarheitenregel setzt voraus, dass die objektive Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis gelangt und keines der möglichen Auslegungsarten klar bevorzugt wird.⁵² Besondere Bedeutung gewinnt die Regel beispielsweise bei Freizeichnungsklauseln im Versicherungsvertrag.⁵³

II. Anwendung im Arbeitsrecht anhand eines konkreten Falls

Nunmehr werden die abstrakten Ausführungen anhand des Beispielfalls „Tian vs. AECOM“⁵⁴ beleuchtet. Hierbei gilt es ein besonderes Augenmerk auf die Unklarheitenregel zu werfen.

1. Sachverhalt und Streitpunkt

Der Kläger (Herr Tian) war bei der Beklagten (AECOM) aufgrund eines Arbeitsvertrags vom 12. 9. 2010 als Berater beschäftigt. Eine Klausel des Arbeitsvertrages verbietet jegliche Nebentätigkeiten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Die Klausel lautet wörtlich: „Ohne schriftliche Zustimmung des Arbeitgebers ist der Betrieb eigener Geschäfte, die Anstellung für weitere Unternehmen und die Teilnahme an Projekten verboten, mit denen AECOM im Wettbewerb steht.“ Im vorliegenden Fall betrieb der Kläger ein nicht mit der Beklagten konkurrierendes Geschäft. Die Parteien streiten darüber, ob ein eigener Betrieb, der nicht im Wettbewerb mit AECOM steht, auch der schriftlichen Zustimmung bedürfe. Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Kläger verpflichtet sei, vor der Aufnahme der Nebentätigkeit diese anzuzeigen und eine schriftliche Zustimmung der Beklagten zu beantragen. Dies gelte auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer ein eigenes Geschäft betreiben möchte,

⁵¹ WANG Liming, Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft 6/1999, 3, 11.

⁵² HAN Shiyuan, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, S. 746; WANG Liming, Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft 1999/6, 3, 11; Wanjie vs. China Bank (Zibo), Boyi und Wanjie, in: Kommunique des OVG VR China 2007/12.

⁵³ Vgl. CPIC vs. Sto Express, Urteil vom Shanghai zweiten mittleren Volksgericht am 07. 12. 2015, Akz. Nr. : (2015) 沪二中民六(商) 终字第 446 号.

⁵⁴ Tian vs. AECOM, Urteil vom Shenzhen mittleren Volksgericht, Akz. Nr. : (2018) 粤 03 民终 4876 号.

welches nicht mit der Beklagten in Wettbewerb stehe. Demgegenüber meinte der Kläger, die in Rede stehende Klausel sehe eine schriftliche Zustimmung nur für den Fall des Betriebs eines Konkurrenzgeschäftes vor. Einer Beantragung bedurfte es folglich nicht. Deshalb sei seine Nebentätigkeit nicht pflichtwidrig.

2. Anwendung des § 498 ZGB

Das mittlere Volkgericht Shenzhen hat die in Rede stehende Klausel der AGB-Kontrolle unterzogen und versucht, den Inhalt der Klausel gemäß § 41 CVG (§ 498 ZGB) zu ermitteln. Bei einer objektiven Auslegung hat das Gericht zwei mögliche Bedeutungen identifiziert. Legt man diese Klausel anhand der chinesischen grammatikalischen Regeln aus, kann der Satzteil „mit denen AECOM im Wettbewerb steht“ so verstanden werden, dass er sich nur auf die „Teilnahme an einem Projekt“ bezieht. Nach diesem Auslegungsergebnis erfasst die in Rede stehende Bedingung die Fälle der Teilnahme an Konkurrenzprojekten, nicht aber den Betrieb eigener Geschäfte und die Anstellung für weitere Unternehmen. Folglich würde der Betrieb aller eigenen Geschäfte, unabhängig von seiner wirtschaftlichen Ausrichtung, einer schriftlichen Zustimmung der Beklagten bedürfen. Nach diesem Ergebnis läge ein Pflichtverstoß vor. Der Satzteil „mit denen AECOM im Wettbewerb steht“ könnte sich allerdings auch sowohl auf den Satzteil „Betrieb eigener Geschäfte, die Anstellung für weitere Unternehmen“ als auch auf den Satzteil „Teilnahme an Projekten“ beziehen. Das Gericht erkannte zurecht, dass sich aus den Besonderheiten der Grammatik Zweifel hinsichtlich des Auslegungsergebnisses ergaben. Richtigerweise löste das Gericht diese Zweifel, indem es die Auslegung zulasten des Arbeitgebers zugrunde legte. In der Folge gab es dem Antrag des Klägers statt. Nach dem letztgenannten Auslegungsergebnis war eine schriftliche Zustimmung nicht erforderlich, wenn der Kläger ein eigenes Geschäft betreibt, das nicht mit der Beklagten im Wettbewerb steht. Somit ist die Nebentätigkeit des Klägers nicht pflichtwidrig.

E. Inhaltskontrolle

I. Kontrollmaßstab und Fallgruppen

Nachdem der Inhalt einer AGB-Klausel nach der Auslegungsregel ermittelt worden ist, ist sodann zu prüfen, ob die Klausel der Inhaltskontrolle standhält. Die Regelungen über die Inhaltskontrolle finden sich in §§ 496 und 497 ZGB:

Nach dem chinesischen Rechtsverständnis gilt das Gerechtigkeitsprinzip im Sinne von § 496 S. 2 ZGB als Generalmaßstab der Inhaltskontrolle. Neben der Generalklausel benennt § 497 ZGB drei Fallgruppen, bei deren Vorliegen die genutzten Klauseln unwirksam sind.⁵⁵ Hierzu gehören Formularklauseln, durch die der Verwender von seiner Haftung unangemessen befreit ist, Formularklauseln, die die Haftung des Vertragspartners unangemessen verschärfen und Formularklauseln, die wesentliche Rechte der anderen Vertragspartei unangemessen aushöhlen. Umfangreiche Kataloge wie sie etwa in den §§ 308 und 309 BGB zu finden sind, existieren noch nicht.

1. Fallgruppen in § 497 ZGB (§ 40 CVG)

a. Haftungsbefreiung und Haftungsverschärfung

Vor dem Erlass des CVG wird in der Lehre teilweise argumentiert, dass unter „Befreiung von eigener Haftung“ sowohl die Befreiung als auch die Beschränkung der Haftung subsumiert werden könne.⁵⁶ Es überwiegt jedoch nunmehr die Auffassung, dass sich § 40 CVG lediglich auf Haftungsausschlüsse bezieht.⁵⁷ Die Bedeutung der Haftungsbeschränkung des Verwenders wird in der Literatur noch nicht diskutiert. In der Praxis bezieht sich meistens auf die unangemessene Höhe einer Vertragsstrafe. Manchmal überlagern sich beide Fälle.

⁵⁵ Im Teil des Schrifttums wird § 40 CVG als spezielles Maßstab für Inhaltskontrolle angesehen. (z. B. *ZHU Yan*, S. 154 ff.). Nach der Ansicht von *HE Xuxu* beschreiben „Haftungsbefreiung des Verwenders“, „Haftungserhöhung des Vertragspartners“ und „Ausschluss der Wesentlichen Rechte“ lediglich die einzelnen Vertragsinhalte beschreiben, die sich nicht als Maßstäbe für eine normative Beurteilung eignen. Als Maßstab für die chinesische Inhaltskontrolle stelle nur das Gerechtigkeitsprinzip i. S. d. § 39 CVG dar. (Ausführlicher hierzu *HE Xuxu*, *The Jurist* 6/2018, 182.) Das Letztere verdient zuzustimmen.

⁵⁶ *HAN Shiyuan*, in: *LIANG Huixing* (Hrsg.), S. 509.

⁵⁷ Vgl. *Yuanshi Bu*, *Chinese Civil Law*, S. 85.

In einem repräsentativen Fall „Gu Jun vs. Bank of Communication“⁵⁸ enthält der Vertrag über eine Debitkarte eine Klausel, die dem Kunden das Risiko des Missbrauchs der Karte durch Andere mit gestohlener Geheimzahl auferlegt, um sich dadurch von den Ansprüchen auf Schadensersatz zu befreien. Eine solche Bestimmung erklärte das Shanghai zweite mittlere Volksgericht für unwirksam. Begründet wird dies mit der These, der Kontoinhaber verpflichtete sich, keiner anderen Person Kenntnis von der persönlichen Geheimzahl (PIN) zu verschaffen, um die Sicherheit des bargeldlosen Verkehrs zu gewährleisten. In diesem Fall würde die Bank von der Haftung befreit. Treffe aber den Kontoinhaber keine Schuld an dem Kontenmissbrauch, solle die Bank die Haftung für die finanziellen Schäden übernehmen. Durch die Klausel werde die Bank von solcher Haftung befreit. Diese Klausel sei demzufolge unwirksam.

b. Ausschluss der wesentlichen Rechte

Nach § 497 Hs. 2 Var. 3 ZGB (§ 40 Hs. 2 Var. 3 CVG) dürfen „wesentliche Rechte“ des Vertragspartners von Verwender nicht mittels AGB ausgeschlossen werden. Das sind nach h. M. diejenigen Rechte, die nach dem Vertragstyp und dem damit verbundenen Vertragszweck festgelegt werden sollen.⁵⁹ Die Rechtsprechung legt zunächst die schutzwürdigen Rechte jeder Vertragspartei nach dem Vertragszweck und dem Gerechtigkeitsprinzip fest. Danach muss überprüft werden, ob solche schutzwürdigen Rechte durch Klauseln in den AGB ausgeschlossen oder stark beeinträchtigt werden.

Ein Urteil des Beijing ersten mittleren Volksgerichts sieht in dem Fall „*Lai Yunpeng vs. Sitonglifang Beijing*“⁶⁰, in dem ein Mailservice-Anbieter sich durch eine AGB-Klausel ein einseitiges Bestimmungsrecht zur Verringerung des Speichervolumens der Mailbox sicherte, kein Ausschluss der wesentlichen vertraglichen Rechte. Deren Wirksamkeit hat das Gericht vielmehr mit der Begründung bestätigt, dass das Recht des Nutzers auf ein unveränderliches Volumen bei unentgeltlichen Verträgen nicht schutzwürdig sei. Die

⁵⁸ GU Jun vs. Bank of Communication Shanghai, in: Kommunique des obersten Volksgerichts VR China Heft 4/2005.

⁵⁹ WANG Liming, Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft 6/1999, 3, 9; MA Yide, Legal Science 11/2014, 146, 148.

⁶⁰ LAI Yunpeng vs. Sitonglifang Beijing, in: Kommunique des obersten Volksgerichts VR China 2002/6.

Verringerung des Speichervolumens der Mailbox führe zu keiner Ungleichheit der Interessen.

2. Gerechtigkeitsprinzip als Generalmaßstab

a. Gerechtigkeitsprinzip im allgemeines Zivilrecht

Das Gerechtigkeitsprinzip wird mehrfach in gesetzlichen Regelungen erwähnt (§ 5, 39 CVG, § § 6, 496 ZGB) und ist seit langem ein Grundprinzip des Zivilrechts. Eine tiefgreifende und systematische Auseinandersetzung mit ihrem Inhalt steht noch aus. Erste Versuche, den Inhalt des Gerechtigkeitsprinzips zu definieren, scheiterten. Der abstrakte Inhalt des Gerechtigkeitsprinzips wurde bisher nur mithilfe von Tautologien umschrieben.⁶¹ Erst vor kurzem versuchte man die Erkenntnisse aus dem gut erforschten Gebiet der Rechtsphilosophie zur Definition des Gerechtigkeitsprinzips zu nutzen. Hierzu wurden die grundlegenden Überlegungen der Leitgedanken „*sum cuique*“, das als Fundament des Gerechtigkeitsprinzips angesehen wird, zur Ausgestaltung des Gerechtigkeitsprinzips genutzt. Auf dieser Basis lässt sich das Gerechtigkeitsprinzip in vier Grundsätze einteilen: die austauschende Gerechtigkeit, die zugehörnde Gerechtigkeit, die austeilende Gerechtigkeit und die ausgleichende Gerechtigkeit.⁶² Selbst diese Ansätze vermögen aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrades letztlich nicht zu einer praxisgerechten Lösung beizutragen.

Trotz nicht ausreichender Auseinandersetzung herrscht im Vertragsrecht Übereinstimmung darüber, dass das Gerechtigkeitsprinzip vor allem das Äquivalenzprinzip beim gegenseitigen Vertrag betrifft, insbesondere aber die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung.⁶³ Die Äquivalenz hängt von dem subjektivem Empfinden der Vertragspartner ab. Die Transaktion wird als

⁶¹ „Das Gerechtigkeitsprinzip besagt, dass alle Parteien bei den Rechtsgeschäften nach dem Prinzip der Gerechtigkeit die Rechte und Pflichten angemessen bestimmen.“ *LI Shishi (Hrsg.)*, Interpretation des CZG AT, 2017, S. 21. Das Handbuch über die Interpretation der Vorschriften des CZG, AT wird vom juristischen Komitee des Ständigen Komitee des Nationalen Volkskongresses geschrieben. Die Interpretation ist keine Rechtsquelle im Chinas Rechtssystem, aber spielt eine wichtige Rolle bei der Rechtsanwendung in der Praxis.

⁶² Vgl. *YI Jun*, *Zhengjiang Social Science*, 2012/10, 51ff.; *WANG Yi*, *Journal of Hangzhou Normal University (Humanities and Social Sciences)*, 3/2013, 95ff. .

⁶³ Vgl. *XU Guodong*, S. 25; *CUI Jianyuan*, *Allgemeiner Teil des Vertragsrechts*, S. 45; *HE Xuxu*, *The Jurist* 6/2018, 173, 182.

gerecht angesehen, solange beide Vertragsparteien diese für gerecht halten.⁶⁴ Es wird allerdings auch vertreten, dass die Äquivalenz im Falle einer offenbar unausgeglichene Vertragspartnerschaft sich nach objektiven Maßstäben richten müsste, z. B. nach dem durchschnittlichen Marktpreis.⁶⁵ Ferner wird argumentiert, das Gerechtigkeitsprinzip umfasse zugleich die angemessene Festlegung der Nebenpflichten bzw. Schutzpflichten und die angemessene Verteilung der Vertragsrisiken und Lasten.⁶⁶

b. Konkretisierung des Gerechtigkeitsprinzips in der Inhaltskontrolle

Für die Beurteilung, ob AGB-Klauseln gegen das Gerechtigkeitsprinzip verstoßen, haben Gerichte in ihren Entscheidungen einige konkrete Kriterien entwickelt. Dabei spielen die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung bzw. die Risikobeherrschung eine überragende Rolle.

aa) Äquivalenzprinzip als Kriterium

Im deutschen Recht folgt das Äquivalenzprinzip aus der in den §§ 320 ff. BGB niedergelegten Grundidee des gegenseitigen Vertrags und bezieht sich auf den „Bestand der synallagmatischen Pflichten“. ⁶⁷ Ein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip liegt vor, wenn das ursprüngliche synallagmatische Verhältnis durch eine AGB-Klausel gestört wird. Schon am Anfang des 21. Jahrhunderts findet sich dieses Kriterium in einem chinesischen repräsentativen Urteil⁶⁸ vom Guangzhou mittleren Volksgericht wieder, obwohl dies so nicht ausdrücklich erwähnt wurde. In diesem Fall brachte Directel Limited GmbH eine Vielzahl von AGB-Klauseln in ihre Mobilfunkverträge ein. Einer Klausel zufolge hatte die Klägerin das Recht, die Telekommunikationsleistung zeitweilig zu verweigern, wenn der Nutzer die Kosten nicht zahlt. Dauert die Nicht-Zahlung länger als drei Monate, hat die Klägerin das Recht, ab diesem Zeitpunkt einem Dritten die mit dem

⁶⁴ CUI Jianyuan, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, S. 45; WANG Yi, Journal of Hangzhou Normal University (Humanities and Social Sciences), No. 3, 2013/5, 95.

⁶⁵ CUI Jianyuan, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, 2008, S. 45.

⁶⁶ HAN Shiyuan, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, 2011, S. 40; CUI Jianyuan, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, 2008, S. 47.

⁶⁷ BGH NJW 1982, 331, 332; 1985, 2270; 1986, 179, 180; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hessen, § 307 BGB Rn. 214 f.; Stoffels, S. 203.

⁶⁸ Directel Limited GmbH vs. Hong Fenming, in: Kommunique des obersten Volksgerichts VR China 6/2001.

Mobilfunkvertrag dem Kunden zur Verfügung gestellte Handy-Nummer neu zu vergeben. Die Einrichtungsgebühr iHv. 6000 Yuan wurde nicht erstattet. Das Guangzhou mittlere Volksgericht sieht darin einen Verstoß gegen das Gerechtigkeitsprinzip, weil der Klägerin mit einer solchen Klausel ein weiterer geldwerter Vorteil gewährt würde, indem sie die Einrichtungsgebühr nach der Kündigung behalten darf, sodass zwischen dem Zahlungsrückstand des Kunden und den geldwerten Positionen des Mobilfunkunternehmens ein auffälliges Missverhältnis entsteht.

Das Kriterium des Äquivalenzprinzips wurde immer wieder bestätigt. Hierfür dient das kürzlich ergangene Urteil ⁶⁹ vom zweiten mittleren Volksgericht Shanghai. Hierbei ging es um eine vorformulierte Klausel in einem Vertrag, der ein Programm zur Körpergewichtsreduzierung innerhalb von 10 Terminen zum Gegenstand hatte. Da die Klägerin nach zwei Terminen sich unwohl fühlte, kündigte sie den Vertrag und verlangte die Erstattung des Betrages für die übrigen, noch nicht in Anspruch genommenen acht Termine. Die Beklagte lehnte dies ab, weil eine Klausel den Ausschluss der Rückzahlung der von dem Verbraucher vorauszahlenden Kosten für den Fall vorsah, dass der Kunde das Programm storniert. Dem Urteil nach verletzt eine solche Bestimmung das Gerechtigkeits- bzw. Äquivalenzprinzip. Während das Ergebnis überzeugt, ist die Begründung unzufriedenstellend. ⁷⁰ Das Gericht hat richtigweise die Wirksamkeit der Klausel anhand des Äquivalenzprinzips verneint. Denn es ist der Klägerin unzumutbar, den Vertrag wegen Unwohlseins weiter durchzuführen. In diesem Fall sollen die Vertragsparteien von ihren Leistungspflichten befreit werden. Die in Rede stehende Klausel gesteht dem Verwender das Recht zu, sich von seiner Leistungspflicht zu befreien, den Vertragspartner jedoch weiterhin unverändert an seiner Gegenleistungspflicht festzuhalten. Daher verstößt die Klausel gegen das Äquivalenzprinzip und ist somit gemäß § 40 CVG unwirksam.

⁶⁹ SUN Baojing vs. Yidingde, in: Kommunique des obersten Volksgerichts VR China 11/2014.

⁷⁰ Begründet wird dies damit, dass für den Fall des Vertragsabbruches in der Anfangsphase der Therapie die vorausgezählten Kosten in einem Missverhältnis zur Gegenleistung des Verwenders stehen, selbst wenn der Verbraucher den Grund für die Stornierung des Vertrags zu vertreten hat.

bb) Risikobeherrschung als Kriterium

Wird durch AGB-Klausel ein bestimmtes Risiko auf den Vertragspartner abgewälzt und damit eine bestimmte Haftung des Verwenders befreit, so ist bei der Überprüfung i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB auch der Gesichtspunkt der Risikobeherrschung zu berücksichtigen.⁷¹ Es ist also zu fragen, ob und in welchem Maß die Verwirklichung des Risikos besser durch den Verwender des AGB oder besser durch ihr Vertragspartners verhindert oder gesteuert werden kann.⁷² Dieses Kriterium findet auch in chinesischen Rechtsprechung Anwendung. So wurde die Entscheidung im Fall „Gu Jun vs. Bank of Communication“⁷³ Anwendung mit der These begründet, der Kontoinhaber verpflichtete sich, keiner anderen Person Kenntnis von der persönlichen Geheimzahl (PIN) zu verschaffen, um die Sicherheit von Zahlungsvorgängen zu gewährleisten. Allerdings könne der PIN trotz sorgfältiger Geheimhaltung des Kunden durch Dritte beobachtet oder auf sonstige Weise erlangt werden. Während die Bank im Allgemeinen über die technische Sachkunde und das notwendige Erfahrungswissen verfüge, um eine mögliche Gefahr abzuwenden, sei die Verhinderung der Gefahr aufgrund fehlender technischer Sicherungsmöglichkeiten vom Durchschnittskunden nicht zu erwarten. Wenn der Kontoinhaber keine Schuld an der Entwendung der Geheimzahl hat, trägt das Risiko für finanzielle Schäden die Bank. Daher kann man davon ausgehen, dass die spezielle Haftung nach dem Kriterium der „Risikobeherrschung“ verteilt wird.

3. Bewertung – Ähnlichkeit des Prüfungsablaufs

Führt man sich die vorherrschende Rechtsprechung vor Augen, so zeigt sich eine Ähnlichkeit zwischen dem chinesischen und dem von dem BAG nach § 307 BGB entwickelten Prüfungsschema und die konkreten Kriterien für die Überprüfung. Im Rahmen der deutschen Inhaltskontrolle spielt die Überprüfung der Angemessenheit der Benachteiligung eine überragende Rolle bei der Entscheidung. Während sich die Benachteiligung auf die durch vorformulierte

⁷¹ *Wurmnest*, in: MüKo, BGB § 307 Rn. 50.

⁷² *Wurmnest*, in: MüKo, BGB § 307 Rn. 44; OLG Karlsruhe NJW 1975, 597, 599; BGH NJW 2005, S. 422; BGHZ 149, 89.

⁷³ GU Jun vs. Bank of Communication Shanghai, in: Kommunique des obersten Volksgerichts VR China Heft 4/2005.

Vertragsbedingungen beeinträchtigten aner kennenswerten Interessen der Kunden bezieht, ist bei der Bestimmung der Angemessenheit ausschlaggebend, ob solche Beeinträchtigung durch begründete Interessen des Verwenders gerechtfertigt oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen werden können.⁷⁴ In der chinesischen Rechtsprechung werden zunächst alle Interessen und Belastungen beider Parteien je nach konkretem Fall abgewogen. Aber nur die überwiegenden Rechte des Vertragspartners zählen zu den „wesentlichen Rechten“. Wenn die Kerninteressen eines Vertragspartners von einer AGB-Klausel beeinträchtigt werden, gilt diese Klausel als unwirksam.

II. Keine Kontrollfreiheit zur Hauptkondition?

1. Auffassung in der Literatur

Die Kontrolle der Klauseln, die den Kernbereich der Leistung bezeichnen, findet im Rahmen der deutschen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 nicht statt, soweit die Klauseln nicht von den einschlägigen Rechtsvorschriften abweichen.⁷⁵ Demgegenüber geht von § § 496, 497 ZGB (§ § 39, 40 CVG) keine derartige Regelung zur Schranken der Inhaltskontrolle aus. Der „Schranken der Inhaltskontrolle“ wurde zwar im Teil der chinesischen Literatur dargestellt,⁷⁶ wird diese Frage in der chinesischen Literatur überwiegend ignoriert. Nur ein kleiner Teil der Literatur vertritt die Ansicht, die Hauptkondition, insbesondere aber die Preisabrede, unterlägen grundsätzlich nicht der richterlichen Inhaltskontrolle. Dies wird auf drei Argumente gestützt. Erstens müsse es gemäß § 12 CVG (§ 470 ZGB)⁷⁷ der freien Entscheidung der Vertragsparteien überlassen bleiben, Art und Umfang der Leistungen und die dafür erbringende Gegenleistung festzulegen.⁷⁸ Zweitens werde

⁷⁴ *Stoffels*, AGB-Recht, S. 183.

⁷⁵ Vgl. *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hessen, § 307 BGB Rn. 14; *Stoffels*, JZ 2001, 843, 847; BGH NJW-RR 2015, 181, 182; NJW 2010, 3222, 3224; BAG NZA 2013, 266; NZA 2012, 908; NZA 2012, 369.

⁷⁶ *SU Haopeng*, S. 288; *WANG Quandi/CHEN Qian*, Journal of Comparative Law 1/2004, 62, 67.

⁷⁷ § 12 Der Vertragsinhalt wird von den Parteien vereinbart und umfasst in der Regel folgende Punkte: 1. Bezeichnung bzw. Name und Ort der Parteien; 2. Gegenstand [des Vertrags]; 3. Menge; 4. Qualität; 5. Preis bzw. Entgelt; 6. Erfüllungsfrist, Ort und Art und Weise der Erfüllung; 7. Haftung für Vertragsverletzungen; 8. Art und Weise der Beilegung von Streitigkeiten. Die Parteien können Verträge nach den Musterverträgen für die einzelnen Vertragsarten schließen. Diese Vorschrift findet sich in dem § 470 ZGB.

⁷⁸ *Xuxu He*, S. 40.

Hauptkondition im Regelfall von den Vertragsparteien individuell ausgehandelt und deshalb liege keine AGB vor.⁷⁹ Drittens solle die Entscheidung über den Preis bzw. anderer Hauptleistungen allein bei den Vertragspartnern unter Berücksichtigung des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage liegen.⁸⁰

2. Bewertung und Stellungnahme

Das erste Argument ist allerdings nicht überzeugend. § 12 CVG (§ 470 ZGB) stellt sich vor allem als eine Auflistung der empfohlenen Klauseln dar, die den Vertragstyp festlegen und die Durchführung des Vertrags erleichtern können.⁸¹ Dabei bezeichnen Nr. 2 bis Nr. 5 den Kernbereich der Leistungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein Vertrag überhaupt nicht zustande kommen kann.⁸² Zwar sieht § 12 CVG (§ 470 ZGB) vor, dass der Vertragsinhalt von den Vertragsparteien vereinbart soll. Das heißt aber noch nicht, dass die die Hauptleistungen (Nr. 2 bis Nr. 5 § 12 CVG) bezeichnenden Klauseln aus der Inhaltskontrolle ausgenommen werden. Würde diese Vorschrift als eine Ausnahme der Inhaltskontrolle wie § 307 Abs. 3 BGB klassifizieren, wären die Punkte in Nr. 6 bis Nr. 8 ebenfalls nicht kontrollfähig. Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn der Inhalt der Nr. 8, der nämlich die Haftung von Vertragsverletzungen in Nr. 8 regelt, betrifft keinen Kernbereich der Leistung und unterliegt nach §§ 496, 497 einer Inhaltskontrolle. Ebenso wenig aussagekräftig ist das zweite Argument. Denn im Massenverkehr werden der Art und Umfang der Leistung bzw. der Preis nicht von den Vertragsparteien ausgehandelt, sondern vom Anbieter im Wege von AGB vorformuliert.

Richtig ist das dritte Argument, dass die Kontrollunfähigkeit der Hauptkondition auf Vertragsfreiheit und die damit verbundene Marktwirtschaft zurückgreift. Dies lässt sich auch durch den verfolgten Zweck des Vertragsgesetzes stützen. Nach dem Gesetzgebungsplan des CVG⁸³ verfolgt das CVG zunächst, die der

⁷⁹ HE Xuxu, The Jurist 6/2018, 173, 181.

⁸⁰ HE Xuxu, The Jurist 6/2018, 173, 181; XIE Gen, Chinese Journal of Law, 2/2013, 102, 111.

⁸¹ HU Kangsheng (Hrsg.), S. 28, 29.

⁸² CUI Jianyuan, Vertragsrecht, S. 219;

⁸³ Im Oktober 1993 lud die Rechtskommission des ständigen Ausschusses vom Volkskongress einige Wissenschaftler des Zivilrechts ein, um die Formulierung eines einheitlichen Vertragsrechts zu erörtern. Auf dem Treffen einigten sich die Wissenschaftler darauf, sofort mit der Ausarbeitung zu beginnen, und empfahlen acht chinesischen Wissenschaftlern, einen Gesetzgebungsplan zu entwickeln. Anfang Januar 1994 fand in Peking eine Arbeitskonferenz

Marktwirtschaft entsprechenden Regelungen aufzubauen und die Privatautonomie der Vertragsparteien hinreichend zu gewähren. In der Marktwirtschaft wird es angenommen, dass die Leistung und Gegenleistung durch Wettbewerb gesteuert werden kann und soll.⁸⁴ Dies setzt die Vertragsfreiheit der Marktteilnehmer voraus. Nur wenn die Marktteilnehmer die Vertragspartner und Vertragsgegenstände frei bestimmen können, kann der Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern wirksam werden.⁸⁵ Daraus folgt, dass die Vertragsfreiheit der Vertragsparteien nicht durch staatliche Kontrolle eingreifen darf, soweit der Marktmechanismus noch funktionsfähig ist.⁸⁶ Das ist gerade der entscheidende Grund für die Rechtfertigung der gerichtlichen Angemessenheitskontrolle von vorformulierter Nebenbedingungen. Wegen asymmetrischer Information und möglichen großen Zeitaufwendung verzichtet darauf, die Nebenabrede hinreichende Aufmerksamkeit zu widmen.⁸⁷ Die Folge davon ist, dass der Markt für Nebenbedingungen versagt.⁸⁸

Die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsmechanismen bleibt noch unberührt, auch wenn die Hauptkondition, wie etwa der Preis und die Leistungen, im Wege von AGB-Klauseln vorformuliert wird. Denn es ist zu erwarten, dass die Kunden beim Vertragsschluss ihr hinreichende Aufmerksamkeit widmen und miteinander vergleichen.⁸⁹ Daher besteht kein Bedürfnis nach einer gerichtlichen Inhaltskontrolle.

zum Entwurf des Vertragsrechts mit Wissenschaftlern aus 11 Universitäten und China's Akademie der Sozialwissenschaft (im Folgenden: CAS) statt. Danach war jede Uni verantwortlich dafür, einige Kapitel zu entwerfen. Es wurde aufgefordert, dass der Inhalt des Entwurfs mit den im Gesetzgebungsplan festgelegten Zweck und Grundgedanken übereinstimmen müssen. Danach haben Liang Huixing, Zhang Guangxing und Fu Jingkun alle Kapiteln zusammengefasst. Der Entwurf des CVG wurde im Januar 1995 abgeschlossen. Aufgrund dessen wurde das CVG auf der zweiten Tagung des 9. Nationalen Volkskongresses am 15. März 1999 erfolgreich verabschiedet und am 1. Oktober 1999 offiziell umgesetzt, obwohl der Inhalt einzelner Paragraphen dazwischen geändert worden ist. Der Volltext von Gesetzgebungsplan des CVG findet man in: <http://www.iolaw.org.cn/faxuexi/showNews.asp?id=447>.

⁸⁴ Vgl. Frey, ZIP 1993, 572, 574; Stoffels, JZ 2001, 843, 847; WANG Yi, Social Science Front 5/2006, 229.

⁸⁵ Yao Xinhua, Journal of Comparative Law 1/1997.

⁸⁶ Vgl. Stoffels, JZ 2001, 843, 847.

⁸⁷ Frey, ZIP 1993, 572, 576; Kötz, JuS 2003, 209, 212; SU Haopeng, S. 288; ZHANG Xinbao, S. 220; WANG Quandi/CHEN Qian, Journal of Comparative Law 2004/1, 62 ff.; WANG Jianyi, Journal of Comparative Law 1/2014, 171, 179.

⁸⁸ Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hessen, § 307 BGB Rn. 21;

⁸⁹ XIE Gen, Chinese Journal of Law, 2/2013, 102, 113.

Beim Monopol und Kartell kann der Markt für Hauptkonditionen durch Preisabsprachen bzw. monopolistische Preisbildung versagen. Dies lässt sich aber nicht durch AGB-Kontrolle im Rahmen des Vertragsrechts, sondern durch Wettbewerbsrecht oder spezielle Regelungen zum Preis bewältigen. Die AGB-Kontrolle betrifft nämlich nur das Marktversagen, das durch asymmetrische Information verursacht wird.

3. In der Rechtspraxis

Nach der Ansicht von *XIE Gen*⁹⁰ kommt eine Vermutung in Betracht, dass Gerichte eine Klausel im vorformulierten Vertrag stets für kontrollbedürftig erklären, ohne festzulegen, ob die Klausel überhaupt eine Hauptkondition ist. Als Beleg hierfür führte er ein Urteil⁹¹ an, das einen Autoversicherungsvertrag zum Gegenstand hatte. Nach einer der Entschädigungsbedingungen wird nur bis zu 70% der Schäden für den Fall übernommen, dass eine Schadensersatzpflicht Dritter besteht und diese mangels Kenntnis der Person oder der Kontaktmöglichkeiten des Dritten nicht beigetrieben werden kann. Weitergehend meinte *XIE Gen*, dass diese Klausel der Inhaltskontrolle unterworfen wurde, obwohl sie zum Kernbereich der Leistungsspezifikation gerechnet wurde.

Diese Argumentation ist jedoch bedenklich, weil kein sachlicher Zusammenhang zwischen der Vermutung und dem Urteil besteht. Zwar bezieht sich die Klausel auf die Hauptleistung des Versicherungsvertrags (Risiko und Entschädigung), zugleich schränkt sie jedoch das Hauptleistungsversprechen des Versicherers ein. Derartige Klauseln werden in der deutschen Rechtsprechung⁹² als Modifikation des Leistungsversprechens eingeordnet mit der Folge, dass diese der Kontrolle unterliegen. Deshalb ist dieses Urteil nicht geeignet, die vorgestellte Argumentation zu stützen.

4. Zwischenergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass eine Vermutung dahingehend besteht, dass die Hauptkondition der Inhaltskontrolle entzogen ist. Diese

⁹⁰ *XIE Gen*, Chinese Journal of Law, 2/2013, 102, 112.

⁹¹ MA vs. China Vermögenversicherung GmbH, vom Nanjing Gulou Volksgericht im Jahr 2010. Akz. Nr. : (2010) 鼓商初字第 618 号.

⁹² BGH, NJW 1993, 2442, 2444; 2001, 1934, 1935.

Vermutung beruht auf der Annahme, dass normalerweise der Kunde die Hauptkondition sorgfältig prüfen und deshalb ein staatliches Eingreifen in die Vertragsfreiheit unnötig ist. In diesem Zusammenhang führt die Rechtsanwendung des chinesischen AGB-Rechts zum gleichen Ergebnis wie die des deutschen AGB-Rechts.

Teil II Systematische Reformation des chinesischen AGB-Rechts mithilfe der Rezeption des deutschen AGB-Rechts

A. Übernahme der deutschen Regelungen aufgrund eines funktionalen Rechtsvergleiches?

Ein Vergleich des chinesischen AGB-Rechts mit dem deutschen AGB-Recht zeigt, dass die Gestaltung der chinesischen AGB-Regelungen von dem deutschen Recht beeinflusst worden ist. Außerdem lassen sich die AGB-rechtlichen Regelungen nur grob verallgemeinern. Hierfür fallen insbesondere die Regelungen zur Inhaltskontrolle auf. Während §§ 308, 309 BGB einen konkreten Katalog für unwirksamen Klauseln stellen, werden nur drei, sehr allgemein gehaltene Fallgruppen in § 497 CVG (§ 40 CVG) aufgezählt. Als Kontrollmaßstab sieht § 496 S. 2 ZGB (§ 39 S. 1 CVG) nur das Gerechtigkeitsprinzip vor. Im Vergleich dazu sieht § 307 Abs. 1 BGB eine unangemessene Benachteiligung als Voraussetzung für die Unwirksamkeit und § 307 Abs. 2 BGB zwei Vermutungsfälle für die unangemessene Benachteiligung vor. Diese Gesetzgebungstechnik steht im Einklang mit der Rechtspolitik „Besser grob als fein“ für die Gesetzgebung.⁹³ Das bedeutet: Die verallgemeinerten Regelungen sollen sich mit der Entwicklungen der Gesellschaft und Wirtschaft verfeinern und konkretisieren lassen, damit sie ihre Bedürfnissen anpassen.⁹⁴ Gerade aus diesem Grund wird der Ruf nach einer Reform des AGB-Rechts immer lauter, sodass es befriedigende Lösungsansätze für die neuen entstandenen Fragen bieten kann.⁹⁵

Mit dem immer stärkeren Einfluss des deutschen Zivilrechts auf das chinesische Zivilrecht wird von einem großen Teil des Schrifttums vorgeschlagen, das chinesische AGB-Recht durch Anleihen aus dem deutschen AGB-Recht zu reformieren.⁹⁶ Besondere Zustimmung erhält der Vorschlag, die das Verbot

⁹³ NI Zhengmao, S. 406.

⁹⁴ NI Zhengmao, S. 407; Kritik gegen die Rechtspolitik „Besser grob als fein“ sieht man in: WANG Tianxi, Social Science 9/1993.

⁹⁵ Vgl. Xuxu He, S. 56, ; ZHANG Jianjun, Legal Science Magazine 2006, 136 ff.; HAN Shiyuan, Legal Science Magazine 3/2019, 22 ff.;

⁹⁶ Vgl. HE Xuxu, The Jurist 6/2018, S. 182 ff ; Jianyi Wang, Göttingen 2015, S. 152 ff; WANG Quandi /CHEN Qian, Journal of Comparative Law 1/2004, 62 ff. ; Zhu Yan, S. 167 (186).

überraschender Klauseln, die Prüfungsmaßstäbe des § 307 BGB sowie das von der deutschen Rechtsprechung entwickelte Verbot der geltungserhaltenden Reduktion zu übernehmen. Die Notwendigkeit einer solchen Übernahme wird teilweise einfach damit begründet, dass solche Rechtsinstitute im chinesischen AGB-Recht fehlen.

Dies ist aber nicht überzeugend, wenn man auf die Theorie der Rechtsvergleichung zurückgeht. Demnach sind alle zivilisierten Länder mit ähnlichen zu bewältigenden Problemen im Zusammenleben konfrontiert, deren Lösungen nicht unbedingt in gleichen Rechtsinstituten zu finden sind.⁹⁷ Wenn eine konkrete Regelung aus dem deutschen Recht in China fehlt, heißt das nicht unbedingt, dass diese Regelung ins chinesischen Recht umgesetzt werden muss. Die Übernahme einer fremden Regelung ergibt erst dann Sinn, wenn China sich denselben oder ähnliche Problemen und Herausforderungen stellen muss. Eine solche Übernahme wird erst dann notwendig, wenn die gleichen oder ähnlichen Probleme entweder nicht durch andere Rechtsinstitute oder durch andere Mechanismen gelöst werden können, auch wenn letztere sich außerhalb der Rechtswissenschaft finden.⁹⁸

Ferner wird außer Acht gelassen, ob die rezipierten Regelungen und Rechtskonzept das zu lösende Problem aus praktischer Sicht überhaupt bewältigen und aus dogmatischer Sicht ein Wertungswiderspruch zu bestehenden Rechtsnormen droht.⁹⁹ Dabei muss analysiert werden, welche Bedeutung der rezipierten Regelungen im chinesischen Rechtssystem haben. Dieses knüpft oft an andere rechtlichen Fragen im Empfängerland ab. Ein Beispiel hierfür ist der Begriff „gesetzliche Vorschriften“ i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Wird der Inhalt des § 307 Abs. 2 Nr. 1 in die chinesische Inhaltskontrolle eingeordnet, muss ihr Umfang im Rahmen der chinesischen gegenwärtigen Rechtsordnung geklärt werden (Teil II, D. II.).

Schließlich wird nicht untersucht, ob durch die Anwendung der übernommenen Regelung ein neues Problem entsteht und wie es durch die bestehenden Rechtsnormen in China oder Übernahme der einschlägigen Regelung in

⁹⁷ *Zweigert/Kötz*, S. 33.

⁹⁸ *Zweigert/Kötz*, S. 34 ff.

⁹⁹ *Bu*, Deutsche und europäische Elemente des chinesischen Rechts, S. 16.

Deutschland gelöst werden kann. Ansonsten könnte die durch Rezeption geschaffene Regel wegen ihrer „negativen Nebenwirkung“ in der Praxis verzichtet werden. In dieser Situation ist die Übernahme eigentlich misslungen.

Aufgrund dessen wird in dem folgenden Teil zunächst diskutiert, ob es überhaupt notwendig ist, die deutschen Rechtsinstitute zu übernehmen. Danach wird die Bedeutung der übernommenen Regelungen im chinesischen Rechtssystem und die daran abknüpften rechtlichen Fragen geforscht. Zu untersuchen ist auch, wie sich die rezipierten Regelungen auf die chinesische Arbeitswelt wirken und wie man die davon begleiteten Probleme bewältigen kann.

B. Übernahme des § 310 Abs.4 S. 2 BGB?

Im deutschen Recht findet die Einbeziehungskontrolle (§ 305 Abs. 2 und 3 BGB) nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB keine Anwendung auf Arbeitsverträge. Die Einbeziehung der AGB in Arbeitsverträge erfolgt damit nach dem normalen Vertragsmechanismus der §§ 145 ff BGB. Danach sollen die AGB Vertragsbestandteil sein, wenn die Willenserklärung des Arbeitnehmers den entsprechenden Erklärungsinhalt hat. Keine Rolle spielt es, ob er zuvor darauf hingewiesen wurde oder ob er den Inhalt kannte oder überhaupt kennen konnte. Rechtsvergleichend betrachtet ist es fragwürdig, ob die Unanwendbarkeit der Einbeziehungskontrolle auf chinesisches Arbeitsrecht übertragen werden soll.

Zunächst muss man auf die Begründung und Rechtsfolge eingehen. Die Unanwendbarkeit wird im deutschen Regierungsentwurf¹⁰⁰ damit begründet, dass der Nachweispflicht gemäß § 2 Nachweisgesetz (im Folgenden: NachwG) genügt wird, wenn der Arbeitnehmer vor der Unkenntnis der Vertragsbedingung geschützt wird. Gemäß § 2 S. 1 NachwG hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen auszuhändigen. Damit hat § 10 S. 2 ArbVG eine sehr ähnliche Funktion. Demnach verpflichtet sich der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem tatsächlichen Beginn des Arbeitsverhältnisses in schriftlicher Form

¹⁰⁰ BT-Drucks. 14/6857, S. 54.

abzuschließen. Sowohl das NachwG¹⁰¹ in Deutschland als auch § 10 ArbVG¹⁰² zielt darauf ab, dem Arbeitnehmer nach Vertragsschluss die jederzeitige Einsichtnahme in die wesentlichen Bestimmungen des Arbeitsvertrags zu ermöglichen und dadurch die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Arbeitsverhältnis zu gewährleisten. Wäre die Begründung im deutschen Regierungsentwurf, die durch Verweis auf NachwG gestützt wird, vollkommen überzeugend, wäre es sachgerecht und vernünftig, der Inhalt des § 310 Abs. 4 S. 2 ins chinesische AGB-Recht einzuführen.

Allerdings hat ein Teil der deutschen Literatur diese Begründung in Frage gestellt.¹⁰³ Denn die Regelung des § 305 Abs. 2 und 3 BGB und den Vorschriften des Nachweisgesetzes haben einen sowohl ganz unterschiedlichen Zweck als auch verschiedene Rechtsfolgen:¹⁰⁴ Wie oben erwähnt, statuieren die Regelungen des NachwG eine Informationspflicht des Arbeitgebers. Zweck der Einbeziehungsregelung im Rahmen der AGB-Kontrolle (sowohl § 305 Abs. 2 und 3 BGB als auch § 39 CVG) ist es dagegen, die Selbstbestimmung *beim* Abschluss der arbeitsvertraglichen Vereinbarung zu schützen oder zu fördern. Ferner besteht ein sachlicher Unterschied in der Rechtsfolge. Während der Verstoß gegen § 305 Abs. 2 und 3 BGB zur Folge hat, dass die Regelungen nicht in den Arbeitsvertrag eingeführt werden, hat der Verstoß gegen das Nachweisgesetz nicht die Unwirksamkeit der Vertragsbestimmungen zur Folge. Dasselbe gilt auch für § 496 ZGB und § 10 ArbVG: Genauso wie im deutschen Recht, besteht die Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 496 ZGB darin, dass die in Rede stehenden AGB kein Bestandteil des Arbeitsvertrags werden. Demgegenüber führt der Verstoß gegen § 10 ArbVG zu einer Zahlungspflicht des Arbeitgebers und – im Falle

¹⁰¹ BT/Drs. 13/668, S. 8; *Preis*, in: *ErfK – NachwG*, Rn. 1.

¹⁰² *JIANG Ying*, Journal of China University of Labor Relations 1/2006, 44, 46; *XIN Chunying/JIANG Jiadi*, in: *ZENG Xianyi (Hrsg.)*, S. 5; *FAN Wei*, Journal of Renmin University of China 1/2018, 106, 109. Nach *FAN's* Ansicht kann dieser Zweck jedoch nicht durch § 10 ArbVG erreicht werden.

¹⁰³ *Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, S. 32; *Annuß*, BB 2002, 458, 460; *Joost*, FS Ulmer, 2003, S. 1199 (1200 ff.); *Deinert*, in: *Däubler/Bonin/Deinert*, § 305 BGB Rn. 39.

¹⁰⁴ *Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, S. 32; *Hofelich*, S. 338; *Joost*, FS Ulmer, 2003, S. 1199 (1200 ff.); *Deinert*, in: *Däubler/Bonin/Deinert*, § 305 BGB Rn. 39.

einer Befristung – zum Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.¹⁰⁵

Der Unterschied auf der Zweck- und Rechtsfolgeseite lässt den Rückschluss zu, dass sowohl die Regeln des Nachweisgesetzes als auch §§ 10, 87 ArbVG nicht geeignet sind, die Schutzfunktion der Einbeziehungskontrolle (§ 305 Abs. 2 und 3 BGB, § 39 CVG, § 496 ZGB) vollständig zu kompensieren. Eine andere Regelung, welche funktionell identisch mit § 496 ZGB (§ 39 CVG) ist, liegt im chinesischen Recht ebenfalls nicht vor. Es ist daher weder geeignet, noch erforderlich, die Unanwendbarkeit der Einbeziehungskontrolle auf das chinesische Arbeitsrecht zu übertragen.

C. Übernahme des Verbots überraschender Klauseln (§ 305c BGB)?

I. Notwendigkeit der Übernahme

§ 305c Abs. 1 BGB stellt sich als eine negative Einbeziehungsvoraussetzung dar.¹⁰⁶ Demnach werden gewisse überraschende Klauseln auch dann nicht in den Einzelvertrag einbezogen, wenn sie die „Hürden“ der Einbeziehungsvorschriften der §§ 305 Abs. 2 und 3 BGB sowie des § 305a BGB genommen haben. § 305c Abs. 1 BGB zielt auf den Vertrauensschutz des Vertragspartners ab. Er soll in jedem Falle, auch wenn er die Bestimmungen in den AGB nicht gelesen hat, darauf vertrauen dürfen, „dass sich die einzelnen AGB-Klauseln im Großen und Ganzen im Rahmen halten, was nach den Umständen bei Abschluss des Vertrags erwartet werden kann“¹⁰⁷. Grundlage dieses Vertrauensschutzes ist der äußere Eindruck, den der Vertragspartner z. B. aus dem Angebot und der Werbung des Unternehmens gewinnt.¹⁰⁸ Aus diesem Grund schließt § 305c Abs. 1 BGB die Einbeziehung einer AGB-Klausel

¹⁰⁵ Dauert das tatsächliche Arbeitsverhältnis weniger als ein Jahr, muss der Arbeitgeber gemäß § 82 S. 1 ArbVG dem Arbeitnehmer ab dem 2. Monat den zweifachen vereinbarten Arbeitslohn zahlen, wenn der Arbeitgeber mehr als ein Monat, aber weniger als ein Jahr nach dem Datum, an dem der Arbeitnehmer die Arbeit beginnt, keinen schriftlichen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer abschließt. Dauert das tatsächliche Arbeitsverhältnis ohne schriftlichen Arbeitsvertrag mehr als ein Jahr, gilt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als zustande gekommen (§ 14 Nr. 3 ArbVG). Zudem muss der Arbeitgeber gemäß § 82 S. 1 ArbVG dem Arbeitnehmer zweifachen vereinbarten Arbeitslohn für 11 Monaten zahlen. Der Inhalt der einschlägigen Vorschriften des ArbVG findet sich im Anhang.

¹⁰⁶ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 329; *Hau*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher*, § 305c BGB Rn. 4.

¹⁰⁷ BT – Drs. 7/3919, 19.

¹⁰⁸ BT – Drs. 7/3919, 19.

im Einzelvertrag aus, wenn sie so weit aus dem Rahmen fallen, dass mit ihnen vernünftigerweise nicht zu rechnen ist.¹⁰⁹

Ein solches Vertrauen des Vertragspartners wird in China oft durch einige Bestimmungen in AGB gestört. Als Beispiel lässt sich etwa der Kreditkartenvertrag anführen. Beim Abschluss eines solchen Vertrages gewährt die Bank dem Kunden ein Darlehen einseitig abzurufen, sofern es sich innerhalb eines vorher vereinbarten Kreditrahmens bewegt. Unter solchen Umständen vertraut der Karteninhaber regelmäßig darauf, dass sich die zu zahlenden Zinsen nach dem in Anspruch genommenen und noch nicht zurückgezahltem Darlehen nach einer vereinbarten Rückzahlungsfrist, idR. 30 Tage bemessen. Er vertraut also darauf, dass soweit er seine Darlehensschuld zum Teil getilgt hat, sich seine zu zahlende Zinslast verringert. Eine Störung dieses Vertrauens wird in China durch eine weitverbreitete AGB durch Banken bewirkt. Danach bemessen sich die Zinsen nicht nach dem noch ausstehenden Darlehensbetrag, sondern nach dem Gesamtbetrag des in Anspruch genommenen Darlehens.¹¹⁰

Gestört wird ebenso das Vertrauen der Kunden bei Abschluss eines Maklervertrags über den Kauf von Immobilien. Makler verwenden oft eine Klausel, wonach der Vertrag mit dem Dritten (hier: der Verkäufer der Immobilien) unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wird, dass der Kunde die Provision und die erste Anzahlung getätigt hat.¹¹¹ Eine solche Klausel fällt weit aus dem Rahmen dessen, was ein Kunde beim Abschluss eines Maklervertrags normalerweise erwartet und auch erwarten darf.

Um das Problem des gestörten Vertrauens zu lösen, ist es daher notwendig, das Verbot überraschender Klauseln ins chinesische Recht zu übernehmen. In den folgenden Abschnitten wird gezeigt, wie § 305c Abs. 1 BGB ins CVG übertragen werden kann.

¹⁰⁹ H. Schmidt, in: BeckOK BGB, § 305c Rn. 2; Stoffels, in: GS Wolf, S. 157.

¹¹⁰ Vgl. Li vs. China Construction Bank (Beijing), Urteil vom Beijing zweiten Volksgericht am 28. 12. 2017, Akz. Nr.: (2017) 京 02 民终 12169 号.

¹¹¹ YAN Fang, People's Court Daily am 15. 04. 2015.

II. Umsetzung des § 305c Abs. 1 BGB ins CVG

Als ein konditionaler Rechtsatz besteht § 305c Abs. 1 BGB aus Tatbestand und Rechtsfolge. Demnach werden diejenigen Klauseln von der Einbeziehung in den Vertrag ausgeschlossen, wenn sie so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Nach dem deutschen Rechtsverständnis muss zunächst geprüft werden, ob die in Rede stehende Klausel ungewöhnlich ist (objektives Element). Die Ungewöhnlichkeit einer Klausel kann sich dabei sowohl aus ihrem Inhalt als auch aus ihrer Position im Vertragstext ergeben. Dabei ist grundsätzlich auf die Sicht des Durchschnittskunden des vertragstypischen Kundenkreises abzustellen.¹¹² Liegt eine objektive Ungewöhnlichkeit vor, ist der zweite Tatbestand (sog. subjektives Element oder Überraschungseffekt) normalerweise auch erfüllt: Wegen der Ungewöhnlichkeit braucht der Vertragspartner in dem Moment, da er sich mit den AGB des Verwenders einverstanden erklärt, nicht mit der Klausel zu rechnen.¹¹³ Der Verwender hat aber die Möglichkeit, den Überraschungseffekt zu beseitigen, indem er den Vertragspartner ausdrücklich mündlich auf die objektiven ungewöhnlichen Klauseln hinweist¹¹⁴ oder die Klauseln drucktechnisch hervorhebt.¹¹⁵ Aus einer Analyse der Tatbestände des § 305c Abs. 1 BGB kann eine besonders strengere Anforderung an die Hinweispflicht des Verwenders geschlossen werden. Hiernach ist der Verwender verpflichtet, auf objektiv ungewöhnliche Klauseln besonders deutlich hinzuweisen. Wird diese Pflicht nicht erfüllt, werden die objektiv ungewöhnlichen AGB-Klauseln nicht Vertragsbestandteil.

Wenn China durch Anleihen des § 305c BGB das vorliegende Problem bewältigen will, ist das Einfügen einer derartigen Regel ins CVG empfehlenswert: Der Verwender muss auf Bestimmungen ausdrücklich mündlich hinweisen oder sie drucktechnisch hervorheben, die objektiv ungewöhnlich sind. Erfüllt der Verwender diese Obliegenheit nicht, werden die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil. Einerseits enthält eine solche

¹¹² BGHZ 130, S. 150 (154); BGH NJW 1978, 1519; NJW 1981, 117, 118; NJW 1990, 247, 249.

¹¹³ BGH NJW 1992, 1234, 1235; BB 1995, 2186.

¹¹⁴ H. Schmidt, in: BeckOK BGB, § 305c Rn. 19; BGH NJW 1992, 746; OLG Celle MDR 2008, 756.

¹¹⁵ H. Schmidt, in: BeckOK BGB, § 305c Rn. 19; BGH NJW 1981, 117.

Ausprägung die gleichen Elemente wie § 305c Abs. 1 BGB, andererseits ist sie leicht handzuhaben.

Bei der Rechtsanwendung ist zunächst zu prüfen, ob die fraglichen Klauseln objektiv ungewöhnlich sind. Hierbei können die deutschen Kriterien für die Festlegung der Ungewöhnlichkeit auf die chinesische Rechtsprechung übertragen werden. Im deutschen Recht könnte eine Klausel als objektiv ungewöhnlich angesehen werden, wenn sie „an einer aus Sicht eines redlichen Vertragspartners unerwarteten Stelle versteckt“¹¹⁶ ist.¹¹⁷ In diesem Zusammenhang muss der Verwender auf eine Klausel besonders hinweisen, wenn sie von dem Verwender mit falscher oder missverständlicher Überschrift in einen Vertrag eingefügt wird. Nach dem deutschen Rechtsverständnis könnte sich die Ungewöhnlichkeit einer Klausel ebenfalls aus ihrem Inhalt ergeben, welcher von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht.¹¹⁸ Diese Erwartungen stellen auf die Verständnismöglichkeit der typischerweise bei den einschlägigen Verträgen zu erwartenden Kunden ab.¹¹⁹ Nehmen zukünftig chinesische Rechtsanwender solche Anhaltspunkte für die Beurteilung zur Hilfe, müssen sie die Erwartung des Vertragspartners feststellen, die sie mit Blick auf den jeweils geschlossenen Vertrag haben können. Zumindest sollten sie die Erwartungen hinsichtlich der Ausgestaltung von Rechten, Pflichten, sowie der Haftung der Vertragspartner treffen.¹²⁰ Danach ist zu prüfen, ob eine deutliche Diskrepanz zwischen der Erwartung und dem Vertragsinhalt besteht.¹²¹

Liegt eine objektiv ungewöhnliche Klausel vor, muss geprüft werden, ob der Verwender seine Hinweisobliegenheit erfüllt. Bei der Prüfung im Einzelfall ist vorzuschlagen, unterschiedliche Anforderungsstufen in Abhängigkeit vom Grad der Überraschung zu stellen. Je überraschender die Klausel ist, desto mehr

¹¹⁶ BAG NZA 2006, 1273.

¹¹⁷ BGH NJW 2010, 3152, 3153 ff..

¹¹⁸ BGH NJW-RR 2002, 485; BAG, NZA 2001, 723, 724.

¹¹⁹ BGH 30.06.1995 – V ZR 184/94, BB 1995, 2186.

¹²⁰ YAN Fang, People's Court Daily am 15.04.2015.

¹²¹ WANG Liming, Eine Analyse von Regelungen und Entscheidungen im Vertragsrecht, S. 119; ZHANG Jianjun, Legal Science Magazine 2006, S. 106 ff.

muss der Verwender in einer besonderen Weise (z. B. durch Fettdruck und in Rot markiert) auf die Klausel hinweisen.¹²²

III. Mögliche Anwendung im Arbeitsrecht

Im deutschen Arbeitsrecht hat das Verbot überraschender Klauseln vor allem bei den AGB-Klauseln Bedeutung, die in eine Erklärung mit falscher oder missverständlicher Überschrift ohne besonderen Hinweis oder drucktechnische Hervorhebung eingefügt werden.¹²³ Inhaltlich ungewöhnliche AGB-Klauseln spielen in der arbeitsrechtlichen Praxis eine relativ geringe Rolle.

Fände die vorgeschlagene Regel auf das chinesische Arbeitsrecht Anwendung, könnten die von Arbeitgeber vorformulierten AGB-Klauseln vor allem betroffen werden, deren Inhalt objektiv ungewöhnlich ist. Nicht selten enthält ein Arbeitsvertrag solche Klauseln, welche dem Arbeitnehmer atypische Schadenersatzpflichten auferlegen. In einer betriebsinternen Arbeitsordnung, die nach dem chinesischen Recht ebenso als AGB angesehen werden soll (näher unter Teil III, A), heißt es: „Das monatliche Gehalt ist jeweils um 200 Yuan zu kürzen, wenn der Arbeitnehmer die Klimaanlage unter 26 Grad stellt oder nach der Arbeit die Lampe oder Klimaanlage nicht ausmacht.“¹²⁴ Die Einbeziehung solcher Klauseln ins Arbeitsvertrag könnte am Verbot der überraschenden Klausel scheitern: Im Regelfall stellt das Einstellen einer niedrigen Temperatur oder das unterlassene Ausschalten nur einen geringen Verstoß gegen die Nebenpflicht dar. In dieser Situation rechnet ein vernünftiger Arbeitnehmer damit, dass ein solches Verhalten allenfalls zu einer Abmahnung führt. Eine Gehaltskürzung wird nicht erwartet. Selbst wenn ein Vermögensschaden durch solches Verhalten eintritt, beträgt die Höhe des Schadens normalerweise nicht 200 Yuan, wenn der Arbeitnehmer nur einmalig die falsche Temperatur einstellt oder vergisst, die Lampe auszuschalten. In diesem Sinn kann ein verständiger Arbeitnehmer von einer Klausel nicht erwarten, dass sie ihm eine Schadenersatzpflicht aufbürdet, vor allem weil der

¹²² CUI Jianyuan, Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, S. 191; HAN Shiyuan, in: LIANG Huixing (Hrsg.), Sammlung über Zivil- und Gesellschaftsrecht, Band II, 1994, S. 499.

¹²³ Die wichtigen Anwendungsfälle in der deutschen Praxis sind Ausgleichsquittungen (Vgl. BAG, NZA 2005, S. 1193), Ausschlussfristen (Vgl. BAG, NZA 2006, S. 324), Befristung (Vgl. BAG, NZA 2008, S. 876) usw.

¹²⁴ YANG Yang, <https://theinitium.com/article/20180917-mainland-shenzhen-jasic-labor-movement/>.

Beitrag der Schadenersatzzahlung viel höher als der tatsächliche Schaden ist. In Bezug auf die Schadenersatzpflicht besteht somit eine große Diskrepanz zwischen der Erwartung eines verständigen Arbeitnehmers und dem Inhalt der Klausel.

D. Übernahme der Prüfungsmaßstäbe in § 307 BGB?

I. Notwendigkeit und Durchführbarkeit

1. Übernahme von „unangemessener Benachteiligung“ und der Kriterien zur Angemessenheitsprüfung?

Wie bereits erläutert, legt § 496 S. 2 ZGB (§ 40 S. 1 CVG) den Prüfungsmaßstab fest, der für die Inhaltskontrolle von AGB maßgeblich ist. Danach sind AGB unwirksam, wenn sie gegen das Gerechtigkeitsprinzip verstoßen. Zur Konkretisierung des Gerechtigkeitsprinzips hat die Rechtsprechung Bewertungskriterien, wie etwa die Gleichwertigkeit und die Risikobeherrschung entwickelt. Trotz der Konkretisierung ist das Gerechtigkeitsprinzip für sich genommen weder in der gerichtlichen Praxis noch im geschäftlichen Verkehr eine brauchbare Entscheidungshilfe. Daher versuchen Teile des Schrifttums, das Gerechtigkeitsprinzip durch die Übernahme der Vorschriften von § 307 Abs. 1 und 2 BGB mit Inhalt zu füllen. Hierher gehört zunächst die Übernahme der „unangemessenen Benachteiligung“. ¹²⁵ Diesem Ansatz folgend, liegt ein Verstoß gegen das Gerechtigkeitsprinzip liegt vor, wenn eine AGB-Klausel die Interessen des Vertragspartners unangemessen benachteiligt. Dies entspricht auch § 497 ZGB, wonach eine AGB-Klausel unwirksam ist, wenn die Haftung des Verwenders der durch die AGB-Klausel unangemessen befreit oder beschränkt, die Haftung des Vertragspartners unangemessen verschärft oder wesentliche Rechte des Vertragspartners unangemessen ausgeschlossen werden. ¹²⁶ Dies zeigt: Es ist bereits von dem Gesetzgeber bemerkt worden, dass es sich bei der Inhaltskontrolle um eine angemessene Verteilung von Rechten und Pflichten handelt. Deshalb dürfte die chinesische Rechtspraxis auf keine größeren Schwierigkeiten stoßen, mit dem Begriff der „unangemessenen Benachteiligung“ umzugehen. Bei der Angemessenheitsprüfung könnten die

¹²⁵ HE Xuxu, The Jurist 6/2018, 173, 183; ZHANG Liang, Social Scientist 10/2016, 116, 118.

¹²⁶ HUANG Wei (Hrsg.), S. 144.

chinesischen Rechtsanwender auch die Kriterien nutzen, die von der deutschen Rechtsprechung für die Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB entwickelt worden sind.¹²⁷ Als mögliche Kriterien können z.B. die Art des Vertragspartners, der gesamte Vertragsinhalt (Kompensations- bzw. Summierungseffekt) und die Möglichkeit des besseren Versicherungsschutzes beachtet werden.¹²⁸

2. Übernahme von § 307 Abs. 2 und Transparenzgebot?

Ferner wäre das Einfügen der in § 307 Abs. 2 BGB niedergelegten Vermutungsregelungen und des Transparenzgebots ins CVG empfehlenswert. Diese Bewertungskriterien zugrunde gelegt würde eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen sein, wenn AGB-Klauseln entweder mit wesentlichen Grundgedanken des durch sie verdrängten dispositiven gesetzlichen Regelungen unvereinbar sind (§ 307 Abs.2 Nr. 1)¹²⁹ oder wenn sie wesentliche, sich aus der Natur des Vertrags ergebende Rechte oder Pflichten so einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2).¹³⁰ Damit die übernommene Regelung im Rahmen der chinesischen AGB-Kontrolle erfolgreich funktionieren kann, ist es unerlässlich, den Umfang der dispositiven „gesetzlichen Regelungen“ im chinesischen Rechtssystem festzustellen (II). Schließlich kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist.¹³¹ Um sie durchzuführen, muss auch die damit zusammenhängende Frage beantwortet werden, nämlich, in welchem Verhältnis das Transparenzgebot mit der Unklarheitenregel steht (III).

¹²⁷ HE Xuxu, The Jurist 6/2018, 173, 186 ff.

¹²⁸ HE Xuxu, The Jurist 6/2018, 173, 186 ff.

¹²⁹ HE Xuxu, The Jurist 6/2018, 173, 183; ders, Legal Method 2/2015, 340, 353; DU Jinglin, Law Science 7/2010, 29 ff.; ZHANG Liang, Social Scientist 10/2016, 116, 118; ZHU Yan, S. 162.

¹³⁰ HE Xuxu, The Jurist 6/2018, 173, 185; ZHANG Liang, Journal of Sichuan University (Philosophy and Social Science Edition) 1/2019, 133, 139.

¹³¹ ZHU Yan, S. 163 ff.; ZHANG Liang, Social Scientist 10/2016, 116, 118.

II. Umfang der dispositiven gesetzlichen Regelungen im chinesischen Rechtssystem

1. Umfang der „dispositiven gesetzlichen Regelungen“ - Abgrenzung des dispositiven Rechts zum zwingendem Recht

a. Im Allgemeinen Zivilrecht

Nach dem Verständnis der chinesischen Literatur fallen unter den Begriff des dispositiven Rechts gesetzliche Regelungen, von denen durch vertragliche Vereinbarungen der Vertragsparteien abgewichen werden kann, etwa durch Änderung oder vollständigen Ausschluss.¹³² Die Beurteilung, ob eine gesetzliche Regelung den Charakter von abdingbarem, nachgiebigem Recht hat, orientiert sich vor allem an ihrem Wortlaut.¹³³ Eine gesetzliche Regelung wird grundsätzlich als dispositive Regelung klassifiziert, wenn sie ausdrücklich eine Abweichungsmöglichkeit vorsieht¹³⁴, oder „können“ bzw. „Recht haben“ usw. enthält¹³⁵. Hierfür ist § 3 Haftpflichtgesetz ein Beispiel, das lautet, dass „Gläubiger den Anspruch auf Schadenersatz hat“. Nach *ZHU Qingyu* bedeutet diese Regelung umgekehrt, dass der Gläubiger das Recht hat, auf Schadenersatz durch vertragliche Vereinbarung zu verzichten.¹³⁶ Darüber hinaus sind Vorschriften vertraglich grundsätzlich abdingbar, wenn sich im Wege ihrer Auslegung ergibt, dass öffentliche Belange oder Drittinteressen nicht berührt werden,¹³⁷ sondern nur Interessen derjenigen, welche von der Vorschrift abweichen wollen. Im Zweifelfall soll eine dispositive Regelung anzunehmen sein.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Abdingbarkeit einer Vorschrift im Bereich des allgemeinen Zivilrechts davon abhängt, dass sie die Abdingbarkeit ausdrücklich vorsieht oder öffentliche Belange bzw.

¹³² Vgl. *ZHANG Wenxian (Hrsg.)*, Rechtstheorie, S. 119, 120; *WANG Liming*, Forschung über Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S. 144; *ZHU Qingyu*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S. 50; *WANG Yi*, Social Science Front 5/2006, 229, 230; *JIN Keke*, Archiv für chinesisch- und deutsches Privatrecht 13/2016, 3.

¹³³ Andere Ansicht sieht man in: *LIANG Huixing*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S. 203. Liang ist der Auffassung, bei der Beurteilung solle zunächst den Sinn und Zweck der beurteilten Regelung berücksichtigt werden.

¹³⁴ Vgl. *ZHU Qingyu*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S. 52; *WANG wenyu*, S. 156, 157; *WANG Yi*, Social Science Front 2006/5, 229, 230; *MU Guanqun*, Journal of CUPL 4/2018, 47, 48.

¹³⁵ Vgl. *ZHU Qingyu*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S. 52; *ZHANG Wenxian*, S. 119, 120. Andere Ansicht sieht man in: *MU Guanqun*, Journal of CUPL 4/2018, 47, 52.

¹³⁶ *ZHU Qingyu*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S. 52.

¹³⁷ *DU Jinglin*, Legal Science 7/2010, 29, 30.

Drittinteressen nicht betroffen sind. In diesem Zusammenhang finden die zwingenden Vorschriften im großen Teil des Sachenrechts, da hier fast immer auch Interessen des Dritten berührt werden können. Allerdings eignen sich die Maßstäbe wie „Interessen des Dritten“ und „öffentliche Belange“ nicht zur einer sachlichen Beurteilung, ob eine Vorschrift abdingbar ist. Daraus folgt ein unberechtigtes Ergebnis bei den Vorschriften über AGB-Kontrolle. Nach dem Maßstab der „Interessen des Dritten“ oder „öffentlicher Belange“ sollen die Vorschriften über die AGB-Kontrolle (§ § 39 – 41 CVG, § § 496-498 ZGB) als dispositives Recht klassifiziert werden, da sie nur die Interessen der Vertragsparteien betreffen. Andererseits wird jedoch durchaus angenommen, dass sie zur Anwendung kommen, auch wenn ihre Geltung durch die Vereinbarung der Vertragsparteien ausgeschlossen wird.

Einem solchem Ergebnis liegt ein zu enges Verständnis von zwingendem und dispositivem Recht zu Grunde. Der überwiegende Teil der Literatur übersieht Folgendes ¹³⁸ : Der sachliche Unterschied zwischen zwingendem und dispositivem Recht besteht in der Beantwortung der Frage, ob die Regelung der Einschränkung oder Realisierung der Privatautonomie dient.¹³⁹ Der Zweck der Einschränkung der Privatautonomie erschöpft sich nicht darin, Interessen des Dritten zu schützen und öffentliche Belange zu gewährleisten. Vielmehr umfasst der Zweck der Einschränkung der Privatautonomie auch, die Voraussetzungen der Privatautonomie und ihre Ausübung zu regeln, die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten, grobe Ungerechtigkeit zu verhüten oder um sozialen Anforderungen zu genügen¹⁴⁰. Die Beurteilung, ob eine Vorschrift zwingend oder abdingbar ist, erfolgt deshalb nach ihrem Sinn und Zweck.¹⁴¹ Die Vorschriften über AGB-Kontrolle sind zwingend, teils, weil sie zur Verhütung der groben Ungerechtigkeit (Inhaltskontrolle) dient, teils, weil die Voraussetzung der Privatautonomie (Transparenzgebot) berührt wird.

¹³⁸ *LIU Tian*, Journal of Zhengzhou University 3/2012, 69.

¹³⁹ *Medicus*, S. 82; *Larenz*, AT des deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 31 ff.

¹⁴⁰ *Larenz*, AT des deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 32.

¹⁴¹ *LIANG Huixing*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S. 203.

b. Im Arbeitsrecht

aa) Allgemeines

Im Arbeitsrecht ist ein großer Teil der Normen zwingend. Soziale Vorschriften und die Vorschriften, die schwere Unbilligkeiten verhüten sollen, finden sich oft hier. Dazu zählen insbesondere die Regelungen, die die Abwehr besonderer Risiken für die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer bei der Arbeit bezwecken. Schon im Jahr 1988 hat das Oberste Volksgericht die Wirksamkeit einer vorformulierten Vereinbarung verneint, wonach die Haftung des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen völlig ausgeschlossen wurde.¹⁴² Die Vorschriften, die als die vertragliche Vereinbarung ergänzenden Regelungen stellen, fehlen hier auch nicht. Abdingbar ist beispielsweise § 35 ArbVG. Demnach setzt die Änderung des Inhalts vom Arbeitsvertrags voraus, dass der Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach einer Verhandlung über die Änderung übereinstimmen. Im Regelfall dürfen die Bestimmung des Arbeitsvertrags nicht durch den Arbeitgeber einseitig geändert werden. Eine einseitige Änderung durch den Arbeitgeber ist aber zulässig, soweit der Arbeitgeber und Arbeitnehmer Vereinbarung über einen arbeitgeberseitigen Änderungsvorbehalt getroffen haben.¹⁴³

bb) § 23 S. 2 Hs. 1 ArbVG als dispositive Norm?

Die Grenze zwischen zwingendem und dispositivem Recht ist aber fließend. Ein Beispiel dafür ist die Abdingbarkeit des § 23 S. 2 ArbVG.

Nach § 23 S. 2 Hs. 1 ArbVG „können“ die Vertragspartner ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit Karenzentschädigung vereinbaren. Seit langem ist umstritten, ob § 23 S. 2 Hs. 1 ArbVG auch eine Vereinbarung zulässt, welche nur ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne eine Karenzentschädigung vorsieht.

¹⁴² „Antworten über das Einhalten der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften bei Arbeitsvertrag“ (Chinesisch: 《最高人民法院关于雇工合同应当严格执行劳动保护法规的批复》). Dieser Antworten wurde vom OVG am 14. 10. 1988 erlassen. „Antworten“ wird vom OVG erlassen und dient zur Auslegung der Rechtsanwendung der Rechtsnormen bei Rechtsanwendung im Einzelfall. In der Rechtspraxis spielen die Antworten eine wichtige Rolle.

¹⁴³ Urteil des zweiten mittleren Volksgericht Beijing, am 28. 12. 2016, BAI vs. Beijing Haotenai, Akz. Nr.: (2016) 京 02 民终 10531 号.

Ein großer Teil des Schrifttums ist der Auffassung, dass § 23 S. 2 Hs. 1 ArbVG nicht abdingbar ist. Als Begründung wird angeführt, dass die Existenz des Arbeitnehmers dadurch schwer beeinträchtigt wird, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne eine Karenzentschädigung vereinbart wird.¹⁴⁴ Ein kleiner Teil des Schrifttums stellt sich dem entgegen. Auch wenn es bisher noch keine obergerichtliche Rechtsprechung gibt, ist eine unterstützende Tendenz der Rechtsprechung darin zu erkennen, dass in Aufsätzen die Abdingbarkeit bejaht wird.¹⁴⁵ Darin wird von einer abdingbaren Regelung ausgegangen.¹⁴⁶ Zur Begründung wird im Wesentlichen auf den Zweck des § 23 S. 2 Hs. 1 ArbVG verwiesen, den Arbeitnehmer wegen einer Beschränkung seiner Berufsfreiheit zu entschädigen und das Geschäftsgeheimnis des Arbeitgebers zu schützen.¹⁴⁷ Der letztgenannte Zweck werde verfehlt, wenn der Arbeitgeber wegen der Unwirksamkeit der Vereinbarung keinen Anspruch darauf hat, die Tätigkeit des Arbeitnehmers bei einem Konkurrenzunternehmen zu verbieten. Dies wird regelmäßig die betroffenen Unternehmen schwer belasten, insbesondere wenn der Arbeitnehmer das Geschäftsgeheimnis des betroffenen Unternehmens bei seinem neuen Job verrät und nutzt.¹⁴⁸ Sodann könnte der Konkurrenzvorteil des Arbeitgebers nicht gewahrt und sogar die Existenz des Arbeitgebers gefährdet werden.¹⁴⁹ Darüber hinaus „verlöre der Arbeitnehmer, auch wenn er das Wettbewerbsverbot einhielte, den Anspruch auf Zahlung der Karenzentschädigung, wenn ein karenzentschädigungsloses Wettbewerbsverbot total nichtig wäre“.¹⁵⁰

¹⁴⁴ WANG Linqing, Die Judikation des Volks 11/2011; ZHOU Hongfeng, China Sozialversicherung 11/2007, 76; FENG Yanjun/WANG Jiahui, Jilin University Journal Social Sciences Edition 6/2002, 105, 108; LI Xiong, Journal of Law Application 2013/1, S. 57 ff; ZHANG Ni/WANG Quanxing, Law Science Magazine 2011/10, 132, 133. ZANG Yunxiao, China Labor 12/2003.

¹⁴⁵ So hat ein Richter des 1. Zivilsenats des OVG sich positioniert. 1. Zivilsenat des OVG, Bedeutung und Anwendung der vierten justiziellen Auslegung zur arbeitsrechtlichen Streitigkeiten von OVG, S. 134.

¹⁴⁶ ZHU Jun, ECUPL Journal 1/2012, 81.

¹⁴⁷ ZHU Jun, ECUPL Journal 1/2012, 81; GUI Juping, Studies in Law and Business 1/2001.

¹⁴⁸ GUI Juping, Studies in Law and Business 1/2001.

¹⁴⁹ ZHU Jun, ECUPL Journal 1/2012, 81, 83. 1. Zivilsenat des OVG, Bedeutung und Anwendung der vierten justiziellen Auslegung zur arbeitsrechtlichen Streitigkeiten von OVG, S. 14.

¹⁵⁰ 1. Zivilsenat des OVG, Bedeutung und Anwendung der vierten justiziellen Auslegung zur arbeitsrechtlichen Streitigkeiten von OVG, S. 14.

Für die Bewertung der Gegenansicht ist es notwendig, zwischen ihrem teilweise berechtigten Anliegen und seiner dogmatischen Umsetzung zu unterscheiden. Abzulehnen ist zunächst der Versuch, den zwingenden Charakter des § 23 S. 2 Hs. 1 ArbVG zu verneinen und eine Abweichungsmöglichkeit zuzulassen. Mit großer Wahrscheinlichkeit führt eine solche Zulassung zu einer Normalisierung des Wettbewerbsverbots ohne Karenzentschädigung. Dadurch würde die unterlegene Position des Arbeitnehmers noch verschärft und der bezweckte Schutz des Arbeitnehmers vor einer unverhältnismäßigen Beschränkung seiner Berufsfreiheit ins Leere laufen. Hieran ändert sich nichts, auch wenn eine unverhältnismäßige Beschränkung ohne Karenzentschädigung durch eine gerichtliche Kontrolle in der Weise korrigiert kann, dass die Entschädigung durch eine gerichtliche Entscheidung festgelegt wird. Dem Arbeitgeber wird dadurch ermöglicht, zunächst ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne Zusage der Karenzentschädigung in einem Arbeitsvertrag oder eine gesonderte Vereinbarung aufzunehmen, ohne einen rechtlichen Nachteil fürchten zu müssen. Hingegen müsste der Arbeitnehmer eine Feststellungsklage erheben, um die Karenzentschädigung zu erlangen. Dies geht aber zu Lasten des Arbeitnehmers, weil die Wahrnehmung der Rechte des Arbeitnehmers dadurch erschwert wird.¹⁵¹

Richtig hieran ist, dass die Totalnichtigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots dazu führt, dass die Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers seinen Konkurrenten preisgegeben werden.¹⁵² Dies könnte eine unzumutbare Härte für den Arbeitgeber darstellen. Ein solches Risiko hätte er vermeiden können, wenn er die Entschädigung gemäß § 23 S. 2 Hs. 1 ArbVG zugesagt hätte. Denn dem Arbeitgeber ist bereits im Zeitpunkt der Verwendung der Vereinbarungen bekannt gewesen, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne Karenzentschädigung mit dem § 23 S. 2 Hs. 1 ArbVG unvereinbar ist. In diesem Zusammenhang ist das Interesse des Arbeitgebers an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots

¹⁵¹ *QIN Guorong*, *Studies in Law and Business* 6/2015, 110, 120; *XU Mingyue/YUAN Wenquan*, *Science of Law* 4/2007, 71, 75.

¹⁵² *XU Mingyue/YUAN Wenquan*, *Law Science* 4/2007, 72, 74; *SHAN Hailing*, *Chinese Journal of Law* 3/2007, 71, 74.

nicht schutzwürdig. Der zwingende Charakter des S. 2 Hs. 1 § ArbVG kann somit nicht wegen einer unzumutbaren Härte des Arbeitgebers verneint werden.

Auch die letztgenannte Begründung für die Gegenansicht ist nicht überzeugend. Der Befürchtung, dass der Arbeitnehmer den Anspruch auf Zahlung der Entschädigung verlieren könnte, liegt ein zu enges Verständnis von der Rechtsfolge beim Verstoß gegen zwingendes Recht zugrunde. Nicht jeder Verstoß gegen zwingendes Recht führt ausnahmslos zur Totalnichtigkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte.¹⁵³ Mit Blick auf die Rechtsdogmatik ist es im chinesischen Recht auch möglich, eine andere Sanktion für bestimmte Fälle vorzusehen, soweit diese Sanktion dem Sinn und Zweck der zwingenden Norm entspricht.¹⁵⁴ Zu Recht hat das OVG durch Erlassen der 4. Auslegung zu Fragen bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten festgelegt, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung der Karenzentschädigung bestehen soll, wenn der Arbeitnehmer auch bei einem entschädigungslosen Wettbewerbsverbot das Wettbewerbsverbot eingehalten hätte. Diese Vorschrift zielt darauf, die Interessen des Arbeitnehmers zu schützen, und steht deshalb nicht im Widerspruch zu dem zwingenden Charakter des § 23 S. 2 Hs. 1 ArbVG. Nach dem § 6 der 4. Auslegung bleibt ein Wettbewerbsverbot ohne Karenzentschädigung nur dann wirksam, wenn der Arbeitnehmer die Einhaltung seiner Pflicht gewählt hat.

cc) § 23 S. 2 Hs. 2 ArbVG als dispositive Norm?

Umstritten ist auch die Abdingbarkeit des § 23 S. 2 Hs. 2 ArbVG. Diese Vorschrift sieht vor, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, während der Dauer des Wettbewerbsverbots an den Arbeitnehmer eine monatliche Entschädigung zu zahlen. Ein Teil des Schrifttums hielt diese Vorschrift für zwingend. Eine Vereinbarung, wonach die Entschädigung vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlt wird, sei somit wegen Verstoß gegen zwingendes Recht unwirksam.¹⁵⁵ Die jüngere Rechtsprechung tendiert eher dazu, die

¹⁵³ *Armbrüster*, in: MüKoBGB, BGB § 134 Rn. 119.

¹⁵⁴ *Armbrüster*, in: MüKoBGB, BGB § 134 Rn. 120.

¹⁵⁵ *XIN Chunying/KAN Ke (Hrsg.)*, S. 81.

Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung zu bejahen¹⁵⁶, soweit die Entschädigung für das Wettbewerbsverbot von einer Vereinbarung über die Arbeitsvergütung abgrenzt werden kann¹⁵⁷. In diesem Sinn sei § 23 S. 2 Hs. 2 ArbVG eine abdingbare Norm. Dem ist zuzustimmen. Denn die Abweichung von dem gesetzlichen Zahlungszeitpunkt führt nicht zu einer groben Ungerechtigkeit. Ob geflossenes Entgelt während des Arbeitsverhältnisses als ein Teil der Arbeitsvergütung oder als ein Teil der Karenzentschädigung für ein Wettbewerbsverbot angesehen werden soll, muss im Einzelfall gemäß § 41 CVG (§ 498, ZGB) ausgelegt werden.

2. Umfang der dispositiven „gesetzlichen Regelungen“

a. Gesetze im materiellen Sinne

Zum chinesischen geschriebenen Recht zählen vor allem Verfassung und Gesetze, die nach der Verfassung vom Volkskongress und seinem ständigen Ausschuss erlassen werden. Gemäß § 50 Gesetzgebungsgesetz hat eine legislative Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift, wofür der ständige Ausschuss des Volkskongresses zuständig ist, denselben Rang wie das in Bezug genommene Gesetz selbst. Gesetze sind oft auf einem sehr hohen Abstraktionsniveau und bedürfen weiterer Konkretisierungen und Ergänzungen. Hierzu dienen Verwaltungsrechtsbestimmungen (行政法规), die vom Staatsrat erlassen werden. Diese werden durch weitergehende Verwaltungsvorschriften (行政规章), lokale Rechtsbestimmungen (地方性法规) und lokale Verwaltungsvorschriften ergänzt und weiter konkretisiert. Überträgt man die Rechtsgedanken des § 307 Abs. 2 S. 1 BGB in die chinesische Inhaltskontrolle, so ist es denkbar, dass die als Leitbild der Inhaltskontrolle fungierenden gesetzlichen Regelungen alle abdingbare Vorschriften in alle oben genannten Arten der geschriebenen Rechte erfassen. Bei der Einordnung würden die Verwaltungsvorschriften und die lokalen Verwaltungsvorschriften in der arbeitsrechtlichen Inhaltskontrolle eine

¹⁵⁶ Vgl. Xu vs. Tencent, Urteil vom Shanghai ersten mittleren Volksgericht am 22. 06. 2018, Akz. Nr.: (2018)沪 01 民终 1422 号; Xie vs. Chongqing Yuntianhua, Urteil vom Chongqing ersten mittleren Volksgericht, Akz. Nr.: (2016)渝 01 民终 8807 号.

¹⁵⁷ WANG Qiyang/YE Jia, <https://mp.weixin.qq.com/s/EGMC6hW3yWVY8obCqnA10w>; FANG Jianlei, People's Judicature 17/2017, 33.

bedeutende Rolle spielen. Anders als in Deutschland, wird das chinesische Arbeitsrecht nicht vom „Richterrecht“ geprägt, sondern von zahlreichen Verwaltungsrechtsnormen und lokalen Rechtsnormen. Eine Fülle von Fragen, die von deutschen Richtern entschieden werden, finden sich bereits in Verwaltungsrechtsnormen, lokale Normen oder Regeln wieder. Die Dauer des Arbeitsausfalls im Sinne des § 616 BGB wird beispielweise nach dem von der Rechtsprechung entwickelten Verhältnismäßigkeitsprinzip bemessen.¹⁵⁸ In China wird in dieser Hinsicht die Dauer der eigenen Hochzeit bzw. der Beerdigung von den konkretisierenden Regelungen ausdrücklich geregelt. Während dieses Zeitraums behalten Arbeitnehmer weiterhin Anspruch auf ihre Vergütung.¹⁵⁹

b. Einordnung der abstrakten justiziellen Auslegung

Bedeutsam für die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen ist die Frage, ob auch die abstrakte justizielle Auslegung den gesetzlichen Regelungen fällt. Dies bezeichnet abstrakt-generelle Normen, die seit den achtziger Jahren vom Obersten Volksgericht erlassen und im Amtsblatt des Obersten Volksgerichts veröffentlicht werden. Die abstrakte Auslegung dient nicht zur Auslegung der Rechtsnormen bei der Rechtsanwendung im Einzelfall oder in Fallgruppen, sondern zur Konkretisierung der Rechtsbegriffe bzw. Generalklauseln. In diesem Sinn spielt die abstrakte Auslegung in der Rechtspraxis fast eine legislative Rolle.

aa) Streit um Normqualität

Würde die Normqualität der justiziellen abstrakten Auslegung anerkannt, so würde sie zweifellos zur „gesetzlichen Regelung“ zählen. Die Frage über ihre Normqualität bleibt allerdings bis dahin noch streitig. Die ganz herrschende Meinung, insbesondere im Bereich des Zivilrechts,¹⁶⁰ bejaht die Normqualität justizieller abstrakter Auslegungen mit Blick auf ihre faktische Wirkung. Diese

¹⁵⁸ BAG GS 17. 12. 1959 – GS 2/59, AP BGB § 616 Nr. 21.

¹⁵⁹ § 11 der „Vorläufigen Bestimmung zur Entgeltzahlung schreibt vor, dass während der Zeit für gesetzlichen Urlaub, Familienbesuch, Hochzeit und Beerdigung der Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber hat.

¹⁶⁰ Vgl. LONG Weiqiu, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2002, S. 35; LIANG Huixing, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S 27; LIU Kaixiang, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, S. 32-33.

finde umfangreiche Beachtung in der Rechtsprechung.¹⁶¹ Außerdem stützt sich die Bejahung auf die gesetzliche Ermächtigung durch den ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses, der nach der chinesischen Verfassung die Kompetenz für die Auslegung der Gesetze hat (legislative Auslegung, § 45 Gesetzgebungsgesetz). Nach einem Beschluss¹⁶², der von dem ständigen Ausschuss 1981 erlassen wurde, ist das Oberste Gericht in allen Fragen für den Erlass von Interpretationen zuständig, die sich aus der Anwendung von Gesetzen und Verwaltungsrechtsbestimmungen im Gerichtsverfahren ergeben. Später wurde diese Vorschrift in § 10 Gerichtsorganisationsgesetz übertragen. Mit Verweis auf solche Vorschriften wird davon ausgegangen, die justizielle Auslegung als legislative Auslegung i. S. d. § 45 des Gesetzgebungsgesetzes zu klassifizieren, die gemäß § 50 des Gesetzgebungsgesetzes dieselbe Bindungswirkung wie Gesetze habe.¹⁶³

Das OVG selbst betrachtet die justizielle abstrakte Auslegung ebenfalls als eine Rechtsquelle. Gemäß § 5 der Bestimmungen über die abstrakte justizielle Auslegung¹⁶⁴ hat die justizielle Auslegung Bindungswirkung. Dementsprechend hat das OVG am 13. 07. 2009 Zitierbestimmungen erlassen, wonach die abstrakten justiziellen Auslegungen im Urteil zitiert werden, obwohl sie erst nach der an sich im Rang unter ihnen stehenden Gesetzgebung des Staatsrats und der lokalen Volkskongresse genannt sind.¹⁶⁵

Dies wird teilweise kritisiert. Laut *ZHOU Wangsheng* sei die Normqualität der justiziellen Auslegung zu hinterfragen, denn weder die chinesische Verfassung

¹⁶¹ Vgl. *LIU Zuoxiang*, S. 363; *Zhou Yongkun*, Rechtstheorie aus einer globalen Perspektive, 2000, S. 65; *LI Long/LIU Cheng*, Legal Science 2/2005, 3, 5; *SHEN Kui*, Social Sciences in China 1/2008, 100, 106.

¹⁶² Name des Beschlusses: Beschluss des Ständigen Ausschusses des Volkskongresses über die Stärkung der Rechtsauslegung (全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议); deutsche Übersetzung: *Robert Heuser*, S. 203.

¹⁶³ Vgl. *Ji Changlong*, S. 235; *CAO Shibing*, China Legal Science 3/2006, 175, 177; *ZHANG Zhiming*, in: *LIANG Zhiping (Hrsg.)*, S. 169, 170.

¹⁶⁴ Bestimmungen des OVG über die abstrakte Justizielle Auslegung (《最高人民法院关于司法解释工作的规定》) wurden von OVG am 24. 03. 2007 erlassen und sind am 1. 4. 2007 in Kraft getreten.

¹⁶⁵ Bestimmungen des OVG über das Zitieren von Gesetze, Verordnungen und anderen normativen juristischen Dokumenten (《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》) sind am 4. 11. 2009 ins Kraft getreten. § § 3-5 sehen vor, dass in der strafrechtlichen, zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen urteile Gesetze, legislative Auslegungen, Verwaltungsrechtsbestimmungen und abstrakte justizielle Auslegungen zitiert werden müssen.

noch das Gesetzgebungsgesetz sehe einen Erlass von Rechtsnormen des OVG vor.¹⁶⁶ Nr. 2 des Beschlusses würde einen Eingriff in die Gesetzgebungskompetenzen der anderen statuieren und stünde somit nicht im Einklang mit dem Verfassungsrecht.

bb) Stellungnahme

Die Kritik von *Zhou Wansheng* ist jedoch unberechtigt. Vielmehr könnten Volkskongress bzw. sein ständiger Ausschuss durch Gesetz eine Ermächtigung zur legislativen Gesetzauslegung erteilen. Dies steht im Einklang mit dem chinesischen Verfassungsrecht. Anders als in Deutschland, wird das politische System in China nicht von der Lehre der Gewaltenteilung geprägt. Nach Art. 57 und Art. 127 der Verfassung der VR China ist der Nationale Volkskongress das höchste Organ der Staatsmacht, dessen ständiges Organ der ständige Ausschuss ist. Das Oberste Volksgericht hat sich dem Nationalen Volkskongress und dessen Ständigem Ausschuss gegenüber zu verantworten, obwohl es seine Gerichtsbarkeit gemäß den gesetzlichen Bestimmungen unabhängig ausübt. In rechtsdogmatischen Hinsicht werden alle Staatsmächte (legislative, exekutive und judikative Macht) auf den Nationalkongress zentralisiert. Die Macht der Rechtsprechung des OVG leitet sich eigentlich aus der Staatsmacht des Nationalen Kongresses bzw. seines ständigen Ausschusses ab. In diesem Sinn ist der ständige Ausschuss dazu berechtigt, seine Staatsmacht durch die Erteilung der Gesetzauslegung auszuüben. Des Weiteren sieht die Verfassung vor, dass nur der ständige Ausschuss zuständig ist, die Verfassung auszulegen. Eine weitere Erteilung ist somit verfassungswidrig. Dagegen sieht die Verfassung nicht vor, dass der ständige Ausschuss das einzige Staatsorgan zur Gesetzesauslegung (legislative Auslegung) ist.¹⁶⁷ In diesem Zusammenhang soll die legislative Auslegung i. S. v. § 45 Gesetzgebungsgesetz der VR China auch die abstrakte justizielle Auslegung erfassen, die nach § 50 Gesetzgebungsgesetz die gleiche Gültigkeit wie Gesetze besitzt. Aus diesem Grund sollte die Normqualität der abstrakten justiziellen Auslegung nicht hinterfragt werden. Aufgrund dessen könnte sie als gesetzliche Regelung Maßstab für die Inhaltskontrolle sein.

¹⁶⁶ *ZHOU Wangsheng*, Modern Law Science 2/2003, 3, 6.

¹⁶⁷ *ZHANG Zhiming*, Analyse über die Funktionsweise der Gesetzauslegung, S. 241.

c. Einordnung der Leitentscheidungen

aa) Hintergrund und Fragestellung

Neben den abstrakten justiziellen Auslegungen werden auch Entscheidungen von unteren Gerichten im Amtsblatt des Obersten Volksgericht veröffentlicht. Solche Entscheidungen werden mit „Modellcharakter“ vom OVG ausgewählt und dienen den Richtern unterer Gerichte als Anleitung für die Entscheidungsfindungen bei ähnlichen Fällen, um die Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsanwendung zu gewährleisten. Dieses Problem wird allerdings hierdurch nicht gelöst, da nach herrschender Meinung den ausgewählten Entscheidungen eine formale Bindungswirkung abgesprochen wird.¹⁶⁸ In der Praxis weicht sowohl das instanzgerichtliche als auch das berufsgerichtliche Urteil von den repräsentativen Entscheidungen ab.¹⁶⁹

Zur Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsanwendung hat das Oberste Volksgericht am 26. Nov. 2010 „Bestimmung des Obersten Volksgerichts über die Arbeit der Anleitung mit Fällen“¹⁷⁰ bekannt gegeben. Nach dieser Bestimmung werden die Volksgerichte verpflichtet, die vom obersten Volksgericht ausgewählten Leitentscheidungen bei den Entscheidungen gleichgelagerten Fallgruppen heranzuziehen. Ein Jahr später hat das Oberste Volksgericht die ersten vier Leitscheidungen veröffentlicht. Als erste Leitentscheidung wurde eine Entscheidung ausgewählt, in der das zweite Mittlere Shanghai Volksgericht eine AGB-Klausel in einem Markklervvertrag für unwirksam hielt. Bis heute wurden insgesamt 112 Leitentscheidungen, darunter 16 im Bereich des Vertragsrechts und zwei im Bereich des Arbeitsrechts, publiziert.¹⁷¹

Es ist fragwürdig, welche Bedeutung die „Heranziehung“ in AGB-Recht hat. Stellt es eine widerlegbare Unwirksamkeitsvermutung dar, wenn eine AGB-

¹⁶⁸ Vgl. *LI Wei*, S. 99; *HU Yunteng/YU Tongzhi*, *Chineses Journal of Law* 2008/6, 3, 7; *PAN Weijiang*, *Qinghua University Law Journal* 2016/1, 20, 24-28.

¹⁶⁹ *Arbeitsgruppe aus Sichuan Ober Volksgericht und Sichuan Universität*, *China Legal Science* 2013/3, 34, 39.

¹⁷⁰ Chinesisch: 关于案例指导工作的规定. Ausföhrlich zum Thema der „Leitentscheidungen“ sieht man in: *Zheng Liu*, in: *Yuanshi Bu (Hrsg.)*, S. 197 ff.

¹⁷¹ <http://www.court.gov.cn/shenpan-gengduo-77.html?page=2>.

Klausel mit einer Leitentscheidung unvereinbar ist?¹⁷² In diesem Fall würde dies die Frage aufwerfen, ob die Leitentscheidungen zu der „gesetzlichen Regelungen“ zu klassifizieren sind.

bb) Verfügen die Leitentscheidungen über eine Normqualität?

Verfügen die Leitentscheidungen wie die abstrakte justizielle Auslegung über eine Normqualität, könnte sie als gesetzliche Regelung im Inhaltskontrolle ohne weiteres anerkannt werden. Ein großer Teil des Schrifttums hat diese Frage offengelassen.¹⁷³ Eine Auffassung betrachtet die Leitentscheidungen als eine Form von „Gesetzesauslegung“ i. S. d. Beschlusses¹⁷⁴ und bejaht somit ihre Normqualität.¹⁷⁵ Eine solche Interpretation widerspricht aber der Ansicht des OVG¹⁷⁶, wonach die Leitentscheidungen nicht von der abstrakten justiziellen Auslegung erfasst werden. Dem stellen sich weitere Stimmen in der Literatur entgegen und verneinen ihre Normqualität bzw. ihre formale Bindungswirkung, da solche Leitentscheidungen keinesfalls als „Präzedenzurteile“ wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis anerkannt werden.¹⁷⁷

¹⁷² Teilweise wird die „Heranziehung bei ähnlicher Fälle“ in der Weise interpretiert, Gericht solle in der Entscheidung eine hinreichende Begründung anführen, wenn sie von dem Leitansatz der Leitentscheidung bei ähnlicher Fälle abweicht. Davon ist auszugehen, dass die Leitbildfunktion der Leitentscheidungen im Zivilrechts eigentlich von manchen chinesischen Juristen anerkannt werden. Vgl. *HUANG Zemin/ZHANG Jicheng*, *Studies in Law and Business* 4/2014, 33 ff.; *ZHANG Qi*, *Peking University of Law Journal* 2/2014, 520 ff. ; *LEI Binshuo*, *SJTU Law Review* 2018/1, 60 ff.; *Lei Lei/NIU Liran*, *Governance Studies* 1/2018, 112 ff. .

¹⁷³ Vgl. *HU Yunteng/YU Tongzhi*, *Chineses Journal of Law* 6/2008, 3, 8; *GAO Yongchang/LIU Keyi*, *Science of Law* 4/2008, 135, 137; *ZHANG Qi*, *Law and Social Development* 1/2013, 91, 92; *FENG Wensheng*, *Qinghua University Law Journal* 3/2011, 90, 93; *WANG Liming*, *Legal Science* 1/2012, 71, 77.

¹⁷⁴ Beschluss des Ständigen Ausschusses des Volkskongresses über die Stärkung der Rechtsauslegung (全国人大常委会关于加强法律解释工作的决议); deutsche Übersetzung: *Robert Heuser*, S. 203.

¹⁷⁵ *LEI Lei*, *China Legal Science* 1/2015, 272, 282; Andere Ansicht sieht man in: *LI Shichun*, *Law Science* 6/2009, 59, 72.

¹⁷⁶ Diese Ansicht wird durch zwei Richtern in OVG bestätigt. Ausführlich hierzu sieht man in: *HU Tengyun*, in: *SU Zelin* (Hrsg.), S. 20, 21. *LEI Lei*, in: *SHU Guoying* (Hrsg.), S. 303. Im Jahr 2015 hat OVG die Ausführungsbestimmung zur Bestimmung über Leitentscheidungen erlassen. (chinesisch: 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则). § 10 sieht ausdrücklich vor, dass bei der Heranziehung der Leitentscheidungen sollen die Leitentscheidungen nur als Begründung genannt, aber nicht als Rechtsgrundlage zitiert werden.

¹⁷⁷ Vgl. *Zheng Liu*, in: *Yuanshi Bu* (Hrsg.), S. 199; *LIU Zuoxiang*, *Journal of Soochow University* 2011/4, 54, 55; *WANG Liming*, *Legal Science* 2012/1, 71, 76.

cc) Haben Leitentscheidungen eine Leitbildfunktion?

aaa) Blick über die Leitbildfähigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland

Trotz Verneinung der Normqualität könnten als „gesetzliche Regelungen“ (oder zum mindesten als „wesentliche Grundgedanken“) im Sinne der Inhaltskontrolle anerkannt werden. Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁷⁸ und BAG¹⁷⁹ umfasst die gesetzliche Regelung auch die Regeln des Richterrechts, wenngleich ihre Rechtsquellenqualität von der h.L. verneint wird.¹⁸⁰ Ein Unterschied besteht nur darin, ob sie als „gesetzliche Regelung“ bzw. „ihre wesentlichen Grundgedanken“¹⁸¹ oder „Ausformung“ der „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ zu verstehen ist.¹⁸² Denn hinter § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB steht die Idee von der Leitbildfunktion der dispositiven gesetzlichen Regelungen, denen ein besonderer „Gerechtigkeitsgehalt“ innewohnt und sich deshalb in ihnen das „Leitbild“ des betreffenden Vertragstyps ausdrückt.¹⁸³ Die deutsche Rechtsprechung, insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung, ist insoweit als „gesetzliche Regelung“ i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB anzunehmen, als sie eine Leitbildfunktion hat.

Die Leitbildfähigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung basiert auf drei Merkmalen: Erstens enthält das Richterrecht Rechtssätze, die durch Auslegung, Analogie oder Rechtsfortbildung aus einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, aus einem gesetzlichen Normenkomplex oder aus allgemeinen Grundgedanken eines Rechtsgebiets entstanden sind.¹⁸⁴ Zweitens dienen solche Rechtssätze, genauso wie das dispositive Recht, den geschützten Interessen des Vertragspartners.¹⁸⁵ Dies kann verdeutlicht werden durch ein

¹⁷⁸ Vgl. BGH NJW 1993, 721.

¹⁷⁹ BAG NZA 2004, 423; NZA 2005, 465.

¹⁸⁰ Vgl. Röhl, S. 572; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 356 und 429 ff., 477ff; aA: Rütters/Fischer/Birk, S. 155 ff.

¹⁸¹ Grüneberg, in: Palant, § 307 Rn. 26; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 BGB Rn. 108; Klumpp, in: Clemenz/Kreft/Krause, § 307 Rn. 63; BAG NZA 2012, S. 561 ff; NZA 2009, 535, 536; NZA 2008, 1173, 1176; NZA 2008, 40, 42; NZA 2006, 423, 426.

¹⁸² Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 307 Rn. 220.

¹⁸³ Kötz, JuS 2013, 292.

¹⁸⁴ Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307, Rn. 108; Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 307 Rn. 220.

¹⁸⁵ Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn. 115.

Beispiel: Eines der Leitbilder des § 307 Abs. 2 BGB ist, dass Betriebs- und Beschäftigungsrisiko nicht beim Arbeitnehmer, sondern beim Arbeitgeber liegt.¹⁸⁶ Zum einen geht dieser Rechtssatz auf § 615 BGB zurück. Zum anderen dient dieser Rechtssatz dem Schutz des Interesses an der Arbeitsvergütung bei der Realisierung des Betriebsrisikos. Drittens hat das Richterrecht, z. B. die Rechtsprechung von BAG, eine faktische Wirkung: Die Instanzgerichte wenden die Rechtssätze des BAG regelmäßig auf vergleichbare Fälle an, um nicht die Aufhebung ihrer Urteile in einer höheren Instanz zu riskieren.¹⁸⁷

bbb) Besitzen die Leitentscheidungen solche drei Merkmale?

Nun lässt sich die Frage stellen, ob die Leitentscheidungen, insbesondere diejenigen Interessen des Verbrauchers und Arbeitnehmers betreffen, die die drei oben genannten Merkmale besitzen. Um diese Frage zu beantworten, wird zunächst geprüft, ob die Leitentscheidungen die Rechtssätze enthalten, die auf gesetzliche Bestimmungen zurückgreifen (Merkmal 1) und dem Schutz des Interesses des Vertragspartners dienen (Merkmal 2).

Als Beispiel wird die erste Leitentscheidung geprüft. Der Leitsatz der ersten Leitentscheidung besagt, dass eine vorformulierte Klausel in einem Vermittlungsvertrag unwirksam ist, wenn sie dem Käufer untersagt, mit der Information des ersten Vermittlers sich an einen anderen Vermittler zu wenden und mit diesem einen Hauskaufvertrag abzuschließen, sofern sich der Käufer auch bei einem anderen Vermittler über das gewollte verkaufte Haus informieren kann. Wie in der Leitentscheidung dargestellt, geht diese Regel auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 5 ZGB bzw. § 4 CVG), nämlich auf die freie Entscheidung des Vertragspartners, zurück. Außerdem dient sie dem Interesse des Verbrauchers, einen Vermittler mit einem besseren Dienstleistungs- bzw. günstigerem Preisniveau auszuwählen. In diesem Zusammenhang stellt der Leitsatz der ersten Leitentscheidung eine Auslegung des § 5 ZGB bzw. § 4 CVG dar. Daraus ist zu schließen, dass der Leitsatz der ersten Leitentscheidung die ersten beiden Merkmale erfüllt.

¹⁸⁶ BAG, NZA 2006, 423, 427.

¹⁸⁷ Rüthers/Fischer/Birk, S. 159, 160.

Das Gleiche gilt für den Leitsatz der 51. Leitentscheidung, die vom OVG im Jahr 2015 ausgewählt wurde.¹⁸⁸ Das Gericht hat den Antrag des Klägers aufgrund der §§ 19, 20 des Warschauer Abkommens¹⁸⁹ stattgegeben.¹⁹⁰ Der Leitsatz lautet: Eine vorformulierte Klausel ist nach chinesischem Recht unwirksam, wenn die Klausel das Umbuchungsrecht des Passagiers generell ausschließt, sofern das Flugticket zu einem Sonderpreis vom Passagier gekauft wird.¹⁹¹ Gemäß § 60 CVG (§ 509 ZGB) müssen die Parteien ihre vereinbarten Pflichten in vollem Umfang erfüllen. Nach dem chinesischen Rechtsverständnis umfasst § 60 CVG (§ 509 ZGB) auch das Recht des Gläubigers auf Nacherfüllung.¹⁹² Der Leitsatz der 51. Leitentscheidung geht somit auf § 60 CVG (§ 509 ZGB) zurück und dient dazu, das Interesse des Passagiers (Verbraucher) an einer Nacherfüllung im Falle einer Flugverspätung zu schützen. Würde der Leitsatz der 51. Leitentscheidung als

¹⁸⁸ Abdul vs. China East Airlines, Urteil vom Shanghai ersten mittleren Volksgericht, am 24. 02. 2006, Akz. Nr.: (2006) 沪一中民一(民)终字第 609 号.

¹⁸⁹ „Das Warschauer Abkommen über die Beförderung im internationalen Luftverkehr“. Seit 1955 ist die VR China einer der Vertragsstaaten des Warschauer Abkommens. Gemäß Art. 19 und 20 des Warschauer Abkommens hat der Luftfrachtführer den Schaden, der durch Verspätung bei der Luftbeförderung von Reisenden an Gepäck oder Gütern entsteht, zu ersetzen. Keine Ersatzpflicht besteht, wenn der Luftfrachtführer beweist, dass er und seine Mitarbeiter alle erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung des Schadens getroffen haben, oder dass sie diese Maßnahmen nicht treffen konnten.

¹⁹⁰ Der Kläger (Abdul) hat für sich und seinen Säugling ein Flugticket für Flüge von Shanghai nach Karatschi via Hongkong bei der Beklagten gebucht. Wegen eines Sturms verspätete sich der Flug von Shanghai nach Hongkong um 3 Stunden. Auf der Rückseite des Tickets stand eine Klausel, wonach das Umbuchungsrecht beim Kauf zum Sonderpreis ausgeschlossen wird. Am Check-in Schalter fragte der Kläger nach der Möglichkeit der Umbuchung auf einen späteren Flug von Hongkong nach Karatschi, weil er befürchtete, dass er wegen der Verspätung seinen gebuchten Anschlussflug verpassen wird. Die Beklagte hat ihm versprochen, ihm am Hongkong Flughafen einen angemessenen Ersatzflug anzubieten. Am Flughafen in Hongkong erfuhr der Kläger, dass er drei Tage am Flughafen auf den Ersatzflug warten und für den Aufenthalt selbst zahlen muss. Der Kläger ist der Auffassung, ein dreitägiger Aufenthalt am Flughafen sei seinem Baby unzumutbar. Zur Sicherheit erwarb er bei einem anderen Anbieter ein Ticket für 5, 800 Yuan. Gemäß Art. 19 des Warschauer Abkommens solle die Beklagte den Schaden, hier 5,800 Yuan, ersetzen. Demgegenüber meinte die Beklagte, es bestehe keine Ersatzpflicht, weil sie schon gemäß Art. 20 des Warschauer Abkommens alle möglichen und erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung des Schadens, nämlich das Angebot eines zeitnahen Ersatzflugs, getroffen hat. Außerdem betonte die Beklagte, sie sei dem Kläger schon aus Kulanz sehr weit entgegenkommen, weil der Kläger nach der Klausel keinen Anspruch auf Umbuchung habe. Das Shanghai erste mittlere Volksgericht hat dem Antrag des Klägers stattgegeben. Begründet wurde dies damit, dass ein reines Versprechen eines Ersatzflugangebots keine erforderliche Maßnahme im Sinne des Art. 20 des Warschauer Abkommens darstellt. Die Beklagte hätte den Kläger über die Abflugzeit des Ersatzflugs und möglichen Unannehmlichkeiten beim Aufenthalt am Hongkonger Flughafen informieren sollen.

¹⁹¹ Zudem hat das Gericht festgestellt, dass ein Ausschluss des Umbuchungsrechts beim Sonderpreis nur zulässig ist, wenn der Passagier aus Gründen in seiner Person den ursprünglichen Flugplan nicht einhalten kann.

¹⁹² Vgl. HAN Shiyuan, S. 400.

Leitbild der „gesetzlichen Regelung“ in die Inhaltskontrolle eingeordnet werden, würde dies eine Vermutung einer unangemessenen Benachteiligung für eben solche Fälle begründen. Daraus kann man schließen, dass die Festlegung einer unangemessenen Benachteiligung bei der Inhaltskontrolle durch die Einordnung der Leitentscheidungen erleichtert werden könnte.

Fraglich ist es jedoch, ob die Leitentscheidungen eine faktische Bindungswirkung aufweisen. Unter dem Gesichtspunkt der Gerichtsbarkeit im chinesischen Recht kommen Schwierigkeiten auf, die faktische Bindungswirkung der Leitentscheidungen zu bejahen.¹⁹³ Ein Grund dafür liegt in dem unterschiedlichen Aufbau der Gerichtsbarkeit und dem Auswahlverfahren der Leitentscheidungen. Wie oben erwähnt, wird eine Entscheidung für einen Fall in der Regel von einem Instanzgericht getroffen und vom OVG als Leitentscheidung ausgewählt.¹⁹⁴ In dieser Situation ist das Gericht erster Instanz, das für die gleichgelagerten Fallgruppen zuständig ist, in der Regel das Volksgericht der Grundstufe oder das mittlere Volksgericht.¹⁹⁵ Da die Gerichtsbarkeit in China zweistufig aufgebaut ist, sind die letztinstanzlichen Gerichte normalerweise das Volksgericht der Mittelstufen und der Oberstufe.¹⁹⁶ Das bedeutet: Auch wenn das letztinstanzliche Gericht vom Leitsatz der Leitentscheidung bei gleichgelagerten Fallgruppen ohne Begründung abweicht, muss es nicht die Aufhebung seines Urteils durch das OVG riskieren.¹⁹⁷ Hieraus kann eine faktische Bindungswirkung von Leitentscheidungen nicht angenommen werden.

dd) Zwischenergebnis

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsqualität weisen die Leitentscheidungen wie das Richterrecht in Deutschland die ersten beiden Merkmale auf. Es fehlt den chinesischen Leitentscheidungen aufgrund wesentlicher Unterschiede in der Gerichtsbarkeit an einer faktischen Bindungswirkung. Das zeigt, dass die

¹⁹³ Ähnliche Ansicht: *PAN Weijiang*, Qinghua University Law Journal 1/2016, 19, 25. Andere Ansicht: *HU Yunteng/YU Tongzhi*, Chinese Journal of Law, 6/2008, 3, 10; *FANG Wencui*, Contemporary Law Review 6/2013, 96, 102.

¹⁹⁴ *MOU Lvyue*, Contemporary Law Review 1/2014, 110, 111.

¹⁹⁵ §§ 17 – 22 Zivilprozessgesetz der VR China (im Folgenden: CZPG); Die deutsche Übersetzung sieht man in: <https://www.zchinr.org/index.php/zchinr/article/view/946/975>. Der Inhalt der Vorschriften findet sich im Anhang.

¹⁹⁶ § 175 CZPG. Der Inhalt findet sich im Anhang.

¹⁹⁷ *LU Xingfu*, Law Science 9/2014, 97, 98.

leitbildliche Funktion der Leitentscheidungen nicht automatisch als „wesentlicher Grundgedanken“ der gesetzlichen Regelung im gegenwärtigen chinesischen Rechtssystem anerkannt werden kann. Allerdings eignet sich der Leitsatz der Leitentscheidung wegen seiner Rechtsqualität als Maßstab für die Festlegung unangemessener Benachteiligung. Aufgrund dessen ist es denkbar, dass das zukünftige AGB-Recht ausdrücklich regeln soll: Zu den wesentlichen Grundgedanken gehören der Leitsatz der Leitentscheidungen, der über einen dispositiven Charakter verfügt.

III. Einordnung des Transparenzgebots in CVG und die chinesische Rechtsprechung

1. Notwendigkeit der Einordnung

In China wird der Vertragspartner oft durch unklare und nicht durchschaubare AGB daran gehindert, seine Rechte bei der Vertragsdurchführung wahrzunehmen. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass sich der Verwender Rechte vorbehält, aber nicht mit hinreichender Bestimmtheit den Umfang dieser vorbehaltenen Rechte benennt. Das ist etwa der Fall, wenn der Arbeitgeber sich ein Recht zur Änderung der Arbeitszeit und Arbeitsort „nach dem Betriebsbedürfnis“ ausbedingt.¹⁹⁸ Gleiches gilt für vorformulierte Klauseln, die miteinander im Konflikt stehen. Beispielhaft hierfür ist folgender Fall „*Zhou Xianzhi, Yu Meifang vs. Yuao Zhongan Immobilien*“.¹⁹⁹ Gemäß einer Klausel des Immobilienkaufvertrages haftet der Verkäufer für die verspätete Übergabe der Wohnung und Registrierung des Eigentums durch den Verkäufer. Zugleich sieht eine andere Klausel jedoch vor, dass der Verkäufer nur für die verspätete Übergabe der Wohnung haftet. Diesen zwei widersprüchlichen Klauseln kann der Käufer nicht entnehmen, ob er den Schaden, der durch die verspätete Registrierung entstanden ist, von dem Verkäufer ersetzt verlangen kann.

Um dieses Problem zu bewältigen, ist es notwendig, das Transparenzgebot i. S. d. § 307 Abs. 1 S. BGB ins CVG einzuordnen. Denn der Zweck des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB (Transparenzgebot) besteht gerade in einer verständlichen

¹⁹⁸ Vgl. Zhou vs. China Post (Shanghai), Urteil vom Shanghai zweiten mittleren Volksgericht. Akz. Nr.: (2011)沪二中民三(民)终第1405号.

¹⁹⁹ Zhou Xianzhi/Yu Meifang vs. Yuao Zhongan Immobilien, in: Kommunique des obersten Volksgerichts VR China Heft 11/2016.

und zutreffenden Information des Kunden über die Rechts- und Pflichtenstellung der Vertragsparteien,²⁰⁰ sodass der Vertragspartner des Verwenders bei dem Vertragsschluss eine informierte Sachentscheidung treffen und bei der Vertragsdurchführung seine Rechte wahrnehmen kann.²⁰¹ Danach liegt bereits eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn die streitigen Vertragsbedingungen nicht klar und verständlich sind.

2. Ausprägung des Transparenzgebotes und ihre Anwendungsmöglichkeit im Arbeitsrecht

Zunächst müssen alle vorformulierten Klauseln, einschließlich der Klauseln über Hauptpflichten, aus sich heraus klar und durchschaubar sein (Verständlichkeitsgebot).²⁰² Dies soll sicherstellen, dass der Vertragspartner den Sinn und die Tragweite einer AGB-Regelung samt ihren Folgen durchschauen kann und nicht von der Geltendmachung und Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird.²⁰³ Danach dürfen die Klauseln nicht irreführend sein oder den Vertragspartner über die wahre Rechtslage täuschen (Täuschungsverbot²⁰⁴). Schließlich müssen sie auch das Bestimmtheitsgebot beachten. Dieses verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen und ihre Rechtsfolgen möglichst genau und konkret beschrieben werden, damit der Vertragspartner möglichst klar seine Rechte und Pflichten feststellen kann.²⁰⁵ Andererseits sollen dem Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume eingeräumt werden.²⁰⁶ Zu beachten ist, dass das BAG bei Freiwilligkeitsvorbehalten die Bedeutung von „Intransparenz“ erweitert hat. Intransparent und damit unwirksam ist auch eine Vereinbarung, die in Widerspruch zu anderen Vereinbarungen steht. Darum verstößt eine Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt gegen das

²⁰⁰ *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hessen, § 307 Rn. 326.

²⁰¹ *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hessen, § 307 Rn. 326, 328.

²⁰² Vgl. *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 BGB Rn.253.

²⁰³ BGH, NJW 2001, 292; NJW 2006, 211.

²⁰⁴ Vgl. *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 BGB Rn.267.

²⁰⁵ Vgl. *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 307 BGB Rn. 61.

²⁰⁶ BGHZ NJW-RR 2005, 1496 (1498); BGH NJW-RR 2008, 615.

Transparenzgebot.²⁰⁷ Dies gilt auch für die Verbindung einer Leistungszusage mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt.²⁰⁸

Genauso wie im deutschen Recht²⁰⁹ soll das Bestimmtheitsgebot im chinesischen Recht eine bedeutende Rolle spielen, vor allem bei Klauseln, die die Versetzung von Arbeitnehmern und die Handhabung von Überstunden regeln. Um den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots zu genügen, soll eine Überstundenvereinbarung Angaben dazu enthalten, aus welchem Anlass und wie viele Überstunden der Arbeitnehmer innerhalb einem Monat erbringen kann. Ebenfalls muss in einer Versetzungsklausel geregelt werden, in welchem örtlichen Umfang (innerhalb einer Stadt, einer bestimmten Gebiete oder in ganz China) der Arbeitgeber berechtigt ist, den Arbeitnehmer örtlich zu versetzen.

3. Verhältnis zur Auslegungsregeln

Bei der Anwendung des Transparenzgebots ist zu beachten, in welchem Verhältnis die Auslegungsregel zum Transparenzgebot stehen. Grund dafür ist, dass eine unklar formulierte Regelung einerseits ausgelegt, andererseits auch Anknüpfungspunkt für die Transparenzkontrolle sein kann. Es ist daher fraglich, welcher Regel der Vorrang einzuräumen ist. Zur Beantwortung dieser Frage ist es sinnvoll, einen Überblick über die entsprechende Diskussion bzw. die Rechtsprechung in Deutschland zu geben, um hieraus Rückschlüsse ziehen zu können.

a. Verhältnis zwischen Auslegungsbedürfnis und Intransparenz im deutschen Recht

In der deutschen Rechtsprechung sind die Übergänge zwischen Auslegung und Inhaltskontrolle fließend. Dies zeigt, dass die (bloße) Auslegungsbedürftigkeit einer Klausel nicht selbstverständlich zur Intransparenz führt.²¹⁰ Die Auslegungsbedürftigkeit ist also keine hinreichende Bedingung, sondern eine notwendige Bedingung für die Transparenzkontrolle.

²⁰⁷ BAG, NZA 2012, 81, 83; 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 274 mAnm *Deinert* Rn. 45.

²⁰⁸ BAG, NZA 2010, 445 f.; 10.12.2008 – 10 AZR 1/08, AP BGB § 307 Nr. 40 Rn. 16 (Weihnachtsgratifikation); 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 274 mAnm *Deinert* Rn. 45; NZA 2008, 40, 41 f.; Kritisch *Lembke*, NZA 2010, 257, 263.

²⁰⁹ Vgl. *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 BGB Rn. 253 ff.

²¹⁰ *Lakies*, S. 131; Preis, in: Erfk, §§ 305-310 BGB Rn. 44; *Klumpp*, in: Clemenz/Kreft/Krause, § 307 Rn. 88; BGH NJW 1999, 942.

Daraus folgt die Frage: Inwieweit soll die Transparenzkontrolle eingreifen, wenn eine Klausel bereits auslegungsbedürftige Begriffe enthält. Nach überwiegender Meinung geht die Anwendung der Transparenzkontrolle vor.²¹¹ Das heißt: Wird der Arbeitnehmer durch eine unklare Klausel vermeidbar daran gehindert, seine Rechte wahrzunehmen, ist diese Klausel wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam; eine inhaltliche Klarstellung des Klauseltextes bedarf es dann nicht mehr. Zur Gewährleistung der Wahrnehmung von Rechten, müssen die Rechte und Pflichten des Vertragspartners (hier Arbeitnehmer) so klar und präzise wie möglich umschrieben werden, sodass der Vertragspartner die wirtschaftliche Bedeutung der Klausel auch ohne fachlichen Rat erkennen kann.²¹²

b. Verhältnis zwischen Transparenzgebot und Unklarheitenregel im deutschen Recht

Vor der inhaltlichen Kontrolle ist zunächst der Inhalt einer streitigen Vertragsklausel zu ermitteln. Die Ermittlung erfolgt nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aus der Sicht eines objektiven Empfängers.²¹³ Bleiben trotz Ausschöpfung der anerkannten Auslegungsmethoden nicht behebbare Zweifel,²¹⁴ greift die Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB). Das heißt: Bei einer verbleibenden Mehrdeutigkeit einer Klausel soll die für den Vertragspartner jeweils günstigste Variante gelten.

Nicht geklärt bleibt die Frage, ob sich die Intransparenz einer Klausel schon aus der Mehrdeutigkeit ergibt und ob die Klausel wegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam ist, wenn die jeweilige wirtschaftliche Bedeutung bei jeweiligem Auslegungsergebnis von dem Arbeitnehmer erkannt werden kann. Im Arbeitsleben sind derartige Klauseln häufig anzutreffen: So finden sich Klauseln in Arbeitsverträgen über die verbindliche Zusage von Bonuszahlungen bzw. Weihnachtsgeldes und an anderer Stelle finden sich Klauseln, die einen Freiwilligkeitsvorbehalt für solche Zahlungen vorsehen.²¹⁵

²¹¹ Klumpp, in: Clemenz/Kreft/Krause, § 307 Rn. 88; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 368.

²¹² Bonin, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 307 BGB Rn. 157.

²¹³ BAG 31. 08. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP ArbZG § 6 Nr. 8 ; BB 2006, 386; BGH NJW 2005, 3567.

²¹⁴ BAG NZA 2010, 1355, 1357; NZA 2006, 923; BGH NJW-RR 2010, 63, 64.

²¹⁵ BAG NZA 2008, 40 Ls. 1; NZA – RR 2009, 576.

Daraus kann ein Arbeitnehmer ableiten, dass er entweder einen Rechtsanspruch auf Zahlung hat oder nicht, wenn die Bonuszahlung oder das Weihnachtsgeld nicht gezahlt wird. Ein anderes Beispiel liegt in einer Klausel, die einen Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt kombiniert.²¹⁶ Beispielhaft hierfür sind Verweisklauseln bezüglich der Arbeitsvergütung, deren Verweisung sowohl als eine statische Verweisung als auch als eine dynamische Verweisung verstanden werden könnte.²¹⁷ Dabei ist es für den Arbeitnehmer nicht erkennbar, ob er seine Arbeitsvergütung entweder gemäß der aktuellen Fassung des betreffenden Tarifvertrags oder der Fassung beim Vertragsabschluss verlangen soll. Allen Fallgruppen ist gemein, dass sich der Arbeitnehmer parallel zwei oder mehrere Strategien vorbereiten muss, um seine Rechte wahrzunehmen.

Derartige Klauseln werden in der Rechtsprechung unterschiedlich behandelt. Während das BAG eine Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt wegen Intransparenz für unwirksam hielt,²¹⁸ war eine dynamische Verweisung wirksam, wobei die für den Arbeitnehmer günstigere Variante nach § 305c Abs. 2 BGB angenommen wurde.²¹⁹ Diese unterschiedliche Behandlung wird damit gerechtfertigt, dass es sich bei der Ersteren um eine widersprüchliche Klausel handelt, die die Gefahr begründet, dass der Arbeitnehmer seine Rechte falsch einschätzt und deshalb nicht wahrnehmen kann.²²⁰ Vernachlässigt wird allerdings die Tatsache, dass bei dem letzten Fall der Arbeitnehmer seine Rechte ebenfalls falsch einschätzen könnte, da es für ihn nicht erkennbar ist, ob er seine Rechte nach der aktuellen oder beim Vertragsabschluss geltenden Fassung des Vertrags wahrnehmen soll. Die unterschiedliche Behandlung verdient insofern Zustimmung, als die Interessen des Arbeitnehmers weitestgehend geschützt wurden. Mit der Unwirksamkeit der Änderungsklausel stand dem Arbeitnehmer die Zahlung nach betrieblicher Übung zu. Für ihn ist die Unwirksamkeit günstiger als die

²¹⁶ BAG 08.12.2010 – 10 AZR 671/09.

²¹⁷ BAG NZA 2006, 202.

²¹⁸ BAG NZA 2011, 628; aA NZA 2006, 746, 748, wonach ein kombinierter Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt nach § 305c Abs. 2 BGB als Widerrufsvorbehalt auszulegen und entsprechend zu kontrollieren sei; *Schramm*, NZA 2007, 1325, 1328.

²¹⁹ BAG NZA 2006, 202.

²²⁰ *Bonin*, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 307 BGB Rn. 155b; *Krause*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018, § 63 Rn. 7a.

Aufrechterhaltung der Klausel in ihrer arbeitnehmerfreundlichsten Variante. Demgegenüber hätte der Arbeitnehmer den Anspruch auf Zahlung der bestimmten Arbeitsvergütung verloren, wäre die Verweisklausel wegen ihrer Mehrdeutigkeit als intransparent angesehen worden und somit nichtig gewesen. Davon ist die Ansicht des BAG ausgegangen: Ob die Unklarheitenregel oder Transparenzkontrolle vorrangig zur Anwendung gelangt, kommt es maßgeblich darauf an, welche Rechtsfolge den zu berücksichtigenden Interessen des Arbeitnehmers entspricht.

c. Bewertung und Bedeutung für das zukünftige chinesische AGB-Recht

Meines Erachtens steht die vorrangige Anwendung nach dem Günstigkeitsprinzip nicht dem Schutzzweck des Transparenzgebots bzw. der AGB-Kontrolle entgegen. Der Schutzzweck des Transparenzgebots besteht darin, eine inhaltliche Benachteiligung des Vertragspartners durch verständliche und zutreffende Informationen über die vertraglichen Rechte und Pflichten zu vermeiden.²²¹ Daraus lässt sich ableiten, dass die Transparenzkontrolle nur gegenüber der Unklarheitenregel vorgeht, wenn sich die betreffende Klausel ausschließlich auf die Benachteiligung des Vertragspartners bezieht. Enthält eine unklare Regelung Auslegungsmöglichkeiten, die die Interessen des Vertragspartners wahren und ist diese Auslegungsmöglichkeit für den Vertragspartner günstiger als für den Fall ihrer Nichtigkeit anzuwendende dispositive Vorschriften. Dann wäre die Nichtigkeit der Klausel für den Vertragspartner unbillig und würde zu einer Benachteiligung des Vertragspartners führen. Denn die Ausgewogenheit der beiderseitigen vertraglichen Leistung könnte dadurch verändert werden. In dieser Situation entspricht die Anwendung der Unklarheitenregel dem Ziel der AGB-Kontrolle.

Der Umgang mit den oben erörterten Problemen wird in der deutschen Rechtsprechung anschaulich und interessengerecht gelöst. Deshalb sollte das der Umgang mit dem Transparenzgebot und der Möglichkeit zur Auslegung von Regeln übernommen werden. Denn nicht jede unklare bzw. unpräzise Klausel, die den Vertragspartner in der Wahrnehmung seiner Rechte behindert, ist mit

²²¹ *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hessen, § 307 BGB Rn. 326; *Singer*, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträge, S. 19.

der „Intransparenz“ gleichbedeutend. Nur wenn die Unklarheit nach den Umständen des Verwenders vermeidbar ist, wird die Transparenzkontrolle eröffnet. Kommen trotz Ausschöpfung der anerkannten Auslegungsmethoden zwei oder mehr vertretbare Auslegungsergebnisse zu Tage, gelangt die Transparenzkontrolle vorrangig zur Anwendung, wenn die Unwirksamkeit der Klausel in einer Gesamtbetrachtung für den Vertragspartner günstiger ist.

E. Reformation der Rechtsfolge der unwirksamen Klauseln

I. Einordnung des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion ins chinesische AGB-Recht?

1. Vorschlag im Teil der Literatur

Wie oben erwähnt, kennt weder das ZGB (CVG) noch die chinesische Praxis ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Dies wird von einem Teil des Schrifttums als ein Fehler betrachtet. Zur Behebung wird vorgeschlagen, das Verbot im chinesischen Recht ausdrücklich vorzuschreiben.²²² Dieser Vorschlag stützt sich auf die Argumente der Literatur und Rechtsprechung für die Bejahung des Verbots. So könne nur ein drohendes Risiko der gesamten Unwirksamkeit den Verwender dazu bringen, bei der Vorformulierung der Klauseln die Interessen des anderen Vertragspartners zu berücksichtigen.²²³ Mangels Risikos für den Verwender würde er ermutigt, unangemessene AGB-Klauseln in seinen Vertrag einzuführen.²²⁴ Es besteht kein Zweifel, dass dieselbe Gefahr auch in China entstehen würde, soweit Richter den Inhalt der Klauseln auf ein zulässiges Maß reduzieren könnte. Um solchen Gefahren vorzubeugen, sei es sinnvoll und notwendig, das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion ins chinesische Recht zu überführen.²²⁵ Auch sei es nicht die Aufgabe des Richters, als staatliches Organ „Erfüllungsgehilfe“ des Verwenders zu sein, indem die Richter zugunsten des Verwenders das gerade noch inhaltlich vertretbare Maß der AGB ausfindig machen.²²⁶ Wie das deutsche Recht, kennt das chinesische AGB-Recht ebenfalls eine solche Aufgabenzuweisung nicht.

²²² Vgl. ZHU Yan, S. 187; Xuxu He, S. 149 ff.

²²³ Lakies, S. 141.

²²⁴ Medicus, S. 83 ff., 87.

²²⁵ Vgl. ZHU Yan, S. 187; Xuxu He, S. 151.

²²⁶ BGH NJW 2000, 1110.

2. Begleitende Probleme bei der Anwendung des Verbots geltungserhaltender Reduktion

Würde das Verbot ins chinesische AGB-Recht übertragen werden, könnte dies ohne weiteres zu Problemen führen. Soweit AGB nicht Vertragsbestandteil unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften. In China existieren häufig keine dispositiven Rechtsvorschriften, die an die Stelle unwirksamer Vertragsklauseln treten könnten. In diesem Fall entfallen die unwirksamen Klauseln ersatzlos. Dies ist dem Vertragspartner nicht immer vorteilhaft. Unter besonderen Umständen verschlechtert sich die Rechtslage der Vertragspartner. Um diese These zu untermauern, führte *WANG Liming* das folgende Beispiel an²²⁷:

„Eine AGB-Klausel lautet, dass die Widerrufsfrist 3 Tage beträgt. Wäre diese Klausel wegen Verstoßes gegen das Gerechtigkeitsprinzip nach § § 39, 40 CVG unwirksam, würde den betroffenen Kunden eher eine Veränderung nutzen (z. B. ‚Die Widerrufsfrist beträgt 10 Tage‘) als die Nichtigkeit.“ Da es an einer gesetzlichen Regelung über das Widerrufsrecht im Verbrauchergesetz (a. F.) fehlt, würde den Kunden überhaupt kein Widerrufsrecht zustehen.²²⁸ In dieser Situation bringt dem Vertragspartner die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel nur Nachteile.

Ferner könnte die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel die Ausgewogenheit der beiderseitigen vertraglichen Leistungen verändern und die Interessen des Klauselverwenders erheblich benachteiligen. Besonders auffällig ist es im Arbeitsrecht. Im Arbeitsrecht entfallen solche Klauseln ersatzlos, sodass bei ihrer Unwirksamkeit eine besonders nachteilige Folge für den Arbeitgeber eintritt. Ein Beispiel dafür wäre eine unwirksame AGB-Klausel über die Gewährung von Fortbildungen verknüpft mit einer Vertragsstrafe. Hält eine solche Klausel wegen der Höhe der Vertragsstrafe nicht der Angemessenheitsprüfung stand, hätte der Arbeitgeber überhaupt keinen

²²⁷ *WANG Liming*, Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft 6/1999, 3, 11.

²²⁸ Vor der Änderung des Verbraucherschutzgesetzes herrschte volle Übereinstimmung darüber, dass dem Verbraucher im Rahmen des chinesischen Rechts kein Widerrufsrecht zusteht (vgl. *ZHANG Xuezhe*, Journal of Comparative Law 6/2009, 62; *CHI Ying*, Political Science and Law 6/2008; *JIN Li*, Journal of Chongqing Jiaotong University (Social Science Edition) 2/2007.) Das Widerrufsrecht des Verbrauchers wurde 2013 ins Verbraucherschutzgesetz eingefügt (§ 25 Verbraucherschutzgesetz).

Anspruch auf die Zahlung einer Vertragsstrafe, deren Höhe zulässig ist. Der Arbeitgeber hätte kein Motiv mehr, in die Fortbildung seiner Mitarbeiter weiter zu investieren. Eine solche Rechtsfolge wäre der Innovation nicht zuträglich. Denn bei der Anfangsphase eines neuen Geschäftsmodells ist es nicht immer leicht, Klauseln einseitig gestalten, die die Interessen beider Vertragsparteien angemessen berücksichtigt. Der Verwender muss also das Risiko tragen, dass die Klauseln von Gerichten für unwirksam erklärt werden. Das Risiko besteht, wenn die Klauseln nach Ansicht der Gerichte die Interessen des Vertragspartners unangemessen benachteiligen. Eine ersatzlose Streichung der Klausel würde zu einer Erhöhung der Transaktionskosten führen. In diesem Zusammenhang würde der Verwender als rational Handelnder vom Versuch Abstand nehmen, in die Ausbildung seiner Mitarbeiter zu investieren.

II. Deutsche Erfahrung - Ergänzende Vertragsauslegung

Dieses Problem existiert ebenfalls in Deutschland. Gemäß § 306 Abs. 2 BGB richtet sich der Inhalt der unwirksamen Klauseln nach den gesetzlichen Vorschriften. Im Arbeitsrecht ist die Anwendung solcher Regelung besonders problematisch, da es häufig an dispositiven Rechtsvorschriften fehlt, die an die Stelle unwirksamer Vertragsklauseln treten können.²²⁹ Das führt zu einer ersatzlosen Streichung der unwirksamen Vertragsklauseln, die die Ausgewogenheit der beiderseitigen vertraglichen Leistungen verändern und die Interessen des Klauselverwenders benachteiligen würde. Das wäre mit der Zielsetzung des AGB-Recht unvereinbar.²³⁰

Um das Problem zu bewältigen, kommt eine lückenausfüllende, ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Ein solche Möglichkeit wird sowohl in der Rechtsprechung²³¹ als auch im Schrifttum²³² gebilligt. Die Voraussetzungen für die Anwendung einer ergänzenden Vertragsauslegung sind aber sehr streng: Zum einen dürfen dispositive Rechtsvorschriften mit sachlich-rechtlichem

²²⁹ *Lakies*, S. 146; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 591.

²³⁰ Vgl. *Bonin*, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 306 BGB Rn. 22.

²³¹ BAG NZA 2010, 164, 170; NZA 2009, 666, 669; NZA 2007, 87, 90; NZA 2005, 465, 468. BVerfG NJW 2011, 1339, 1341.

²³² *Hau*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 306 BGB Rn. 15; *Hub. Schmidt*, in: BeckOK BGB, § 306 BGB Rn. 15; *Stoffels*, AGB-Recht, S. 262.

Gehalt zur Lückenfüllung nicht zur Verfügung stehen.²³³ Zum anderen setzt eine ergänzende Vertragsauslegung voraus, dass die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klauseln keine angemessene, den typischen Interessen beider Vertragsparteien tragende Lösung bietet.²³⁴ Nach welchen Kriterien man die Erfüllung der zweiten Voraussetzung feststellen kann, wird in der Literatur nicht abschließend geantwortet. Aus der bisherigen Rechtsprechung des BAG ist zu entnehmen, dass die Erfüllung der zweiten Voraussetzung insbesondere darauf abstellt, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Verwendung der Klausel über eine Möglichkeit verfügt, eine angemessene Klausel zu verwenden.²³⁵ Bei der Beurteilung einer solchen Möglichkeit spielt die Rechtsprechung, die sich auf die fraglichen Klauseln bezieht, eine entscheidende Rolle.

Dieser Ansatz spiegelt sich in zahlreichen Entscheidungen bezüglich der ergänzenden Vertragsauslegung wider. Eine ergänzende Vertragsauslegung bei einer unwirksamen Klausel über die Rückzahlung von Weiterbildungskosten wurde insofern von BAG²³⁶ abgelehnt, als zum Zeitpunkt der Verwendung die Wirksamkeit einer Rückzahlungsklausel schon vom BAG vereint wurde, die an Beendigungstatbestände eine Rückzahlungspflicht knüpft, deren Ursache der Verantwortungssphäre des Arbeitgebers zuzurechnen ist.²³⁷ Hingegen hat das BAG 2005 bei der Unwirksamkeit von Klauseln über die Abrufarbeit eine ergänzende Vertragsauslegung angenommen.²³⁸ Denn zum Zeitpunkt der Verwendung war über das zulässige Verhältnis zwischen Dauer der Abrufarbeit und vereinbarte Arbeitszeit noch nicht richterlich entschieden worden. Mittlerweile ist diese Frage entschieden. Der Arbeitgeber kann hiernach den angemessenen Zeitumfang der Abrufarbeit beurteilen.

In der gerichtlichen Überprüfung wird ebenfalls die Abweichungsmöglichkeit von der ständigen Rechtsprechung berücksichtigt. Je geringe die

²³³ BGH NJW 2006, 996, 999; BAG NZA 2018, 1619; *Hub. Schmidt*, in: BeckOK BGB, § 306 BGB Rn. 16.

²³⁴ Vgl. BAG 11. April 2006 – 9 AZR 610/05 – zu II 7 der Gründe, BAGE 118, 36; BAG NZA 2012, 1428, 1430; NZA 2012, 738, 741; NZA 2009, 666, 669.

²³⁵ BAG NZA 2012, 738, 741; NZA 2013, 1361, 1362; 28. 5. 2013 – 3 AZR 103/12, BeckRS2013, 71140; NZA 2012, 1428, 1430.

²³⁶ BAG NZA 2012, 738, 741.

²³⁷ BAG 6. 5. 1998 - 5 AZR 535/97 – zu II 4 der Gründe, BAGE 88, 340.

²³⁸ BAG NZA 2006, 423, 428.

Abweichungsmöglichkeit ist, desto eher ist anzunehmen, dass der Arbeitgeber die Unwirksamkeit der betreffenden Klausel erkennen kann.²³⁹ Eine ergänzende Vertragsauslegung hält das BAG bei einer unwirksamen Klausel, die eine Rückzahlung von Fortbildungskosten bestimmt, aber wegen unangemessener Bindungsdauer unwirksam ist, für möglich.²⁴⁰ Das ist bemerkenswert, weil das BAG in seinen früheren Entscheidungen die Kriterien der Vorteilhaftigkeit für den Arbeitnehmer und der Höhe der aufzuwendenden Mittel festgelegt hat. Das liegt daran, dass das Verhältnis zwischen dem beruflichen Vorteil und den aufgewendeten Mitteln sich von Fall zu Fall unterscheidet. Deshalb ist es für den Arbeitgeber nicht immer voraussehbar, welche Bindungsdauer angemessen ist.²⁴¹ Demgegenüber kommt eine Lückenfüllung im wegen einer ergänzenden Vertragsauslegung bei unangemessenen Höhe der Vertragsstrafe grundsätzlich nicht in Betracht²⁴², weil nach der ständigen Rechtsprechung eine höhere Vertragsstrafe als die Vergütung nur ausnahmsweise zulässig ist, wenn das Interesse des Arbeitgebers den Wert der Arbeitsleistung aufgrund besonderer Umstände typischerweise und generell übersteigt.²⁴³

Zusammenfassend behandelt § 306 Abs. 2 BGB das Maß an Risiko, dass der Arbeitgeber im Falle einer ersatzlosen Streichung tragen muss. Da das Risiko von der ständigen Rechtsprechung und ihrer Abweichungsmöglichkeit abhängig ist, kann der Arbeitgeber mit qualifizierter juristischer Hilfe das Risiko der Unwirksamkeit einschätzen und in seinen Vertragsschlüssen berücksichtigen.

III. Stellungnahme

Nur mit dem Verbot geltungserhaltender Reduktion ist gewährleistet, dass sich der Verwender bei der Klauselgestaltung von sich aus um ein angemessenes Gefüge von Rechten und Pflichten kümmert. Die Anwendung dieses Ansatzes könnte aber zu einer ersatzlosen Streichung der Klauseln führen, was für eine

²³⁹ BAG NZA 2009, 666, 669.

²⁴⁰ BAG NZA 2009, 666, 669.

²⁴¹ BAG NZA 2012, 738, 741. Andere Ansicht sieht man in: *Bonin*, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 306 Rn. 24b.

²⁴² BAG NZA-RR 2009, 519; NJW 2018, 418.

²⁴³ Vgl. BAG 23. 9. 2010 - 8 AZR 897/08 - Rn. 29; 18. 12. 2008 - 8 AZR 81/08 - Rn. 54; 4. 3. 2004 - 8 AZR 196/03 - zu B III 2 b bb der Gründe, BAGE 110, 8.

Vertragspartei eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Zur Vermeidung einer solchen „Nebenwirkung“ wird vorgeschlagen, die Regelungslücken durch ergänzende Auslegung bei unwirksamen AGB zu füllen. Es ist aufgrund der zahlreichen Erfahrungen der deutschen Rechtsprechung empfehlenswert, die zwei entwickelten Kriterien für die Eröffnung der ergänzenden Auslegung - die Wertungen der einschlägigen Rechtsprechung und ihre Abweichungsmöglichkeiten - auch ins chinesische AGB-Recht zu überführen.

F. Übernahme der Ausnahmeregeln für Arbeitsverträge?

I. Notwendigkeit der Übernahme

Für die arbeitsrechtliche AGB-Kontrolle in Deutschland hat § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB eine herausragende Bedeutung. Diese Vorschrift trat mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz an die Stelle der Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht in § 23 Abs. 1 AGBG und besagt, dass bei der Anwendung der AGB-Reglungen auf Arbeitsverträge „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“ sind. Diese Einschränkung hat seinen Grund vor allem darin, dass die Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB) ursprünglich aus dem Rechtsverkehr mit Endverbrauchern stammen.²⁴⁴ Würde eine arbeitsvertragliche Klausel gemäß § 309 BGB unwirksam sein, könnte dies eine unzumutbare Härte für die Vertragsparteien darstellen.²⁴⁵ So betonte die Bundesregierung, dass „vor allem die besonderen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Arbeitsrecht *nicht zwingend* uneingeschränkt zur Anwendung kommen sollten. Vielmehr sollten hier die besonderen Bedürfnisse eines Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden können“²⁴⁶. Später wird der den Anwendungsbereich des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB auf sämtlichen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB erweitert.²⁴⁷ Vor diesem Hintergrund ist es beachtlich, welche besondere Interessenlage im Arbeitsrecht bzw. im Arbeitsverhältnis berücksichtigt werden

²⁴⁴ Begründung des RegE BT-Drs. 7/3919, S. 23.

²⁴⁵ *Peterhänsel*, in: BDDH, BGB § 310 Rn. 32 ff.

²⁴⁶ BT-Drs. 14/6857, S. 54.

²⁴⁷ Vgl. BAG BB 2004, 1740; BAG 25.5.2005 – AZR 572/04, AP BGB § 310 Nr. 1; BAG 28.9.2005 – AZR 52/05, AP BGB § 307 Nr. 7; ArbG Mainz 29.9.2008 – 7Ca 808; *Däubler*, NZA 2001, 1329, 1335; *Hromadka*, NJW 2002, 2523, 2528; *Bauer/Diller*, S. 153;

soll, die ein Abweichen von der Anwendbarkeit der §§ 305-310 BGB rechtfertigen soll.²⁴⁸

Im chinesischen AGB-Recht existiert noch kein Katalog an Klauselverböten ohne Wertungsmöglichkeit wie in §309 BGB. Eine unvermeidbare Frage ist jedoch, ob ein von der Rechtsprechung entwickelter Ansatz, der für die Inhaltskontrolle einer Klausel in Verbraucherverträgen (z. B. Kaufvertrag, und Bankgeschäftsvertrag etc.) genutzt wird, auch für die Lösung ähnlicher Klauseln in Arbeitsverträgen nutzbar gemacht werden kann. Außerdem ist es im chinesischen Recht ebenfalls möglich, die Anwendung der AGB-Regelungen auf Arbeitsverträge zu einer unzumutbaren Härte für Vertragsparteien führt. Dann stellt sich jedoch gleichfalls die Frage, welche Besonderheiten im Arbeitsverhältnis bzw. im Arbeitsrecht bei der Anwendung von AGB-Regelungen auf Arbeitsverträge berücksichtigt werden müssen.

Ein weiterer Grund für die Ausnahmeregel im deutschen Recht besteht im gesetzvertretenden Richterrecht. Ein großer Teil des deutschen Arbeitsrechts besteht aus einer Summe von Rechtsätzen, die vom BAG vor der Schuldrechtsmodernisierung in ständiger Fortbildung des Rechts entwickelt wurden.²⁴⁹ Mit der Erweiterung der AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge besteht die Möglichkeit, dass diese entwickelten Rechtssätze mit den Kontrollmaßstäben im Rahmen der AGB-Kontrolle unvereinbar sind. Sodann stellt sich die Frage, wie diese Rechtssätze der früheren Rechtsprechung in das Instrument der AGB-Kontrolle zu integrieren sind.

Das gleiche gilt für die chinesische Rechtsprechung. Zwar ist das chinesische Arbeitsrecht nicht von Rechtssätzen gerichtlicher Entscheidungen geprägt, aber immer mehr obere Volksgerichte tendieren dazu, ihre Meinung über einige repräsentative arbeitsrechtliche Fallgruppen im Wege der „Beantwortung (回答)“ oder „Ansichten (意见)“ zu erlassen.²⁵⁰ Ein Beispiel dafür ist die „Beantwortung über die Rechtsanwendung bei arbeitsrechtlichen Fällen“ (im Folgenden: Beantwortung Beijing), die vom oberem Volksgericht Beijing und

²⁴⁸ Vgl. *Lindemann*, AuR 2002, 81, 86; *Gotthart*, ZIP 2002, 277 ff; *Annuß*, BB 2002, 458, 462.

²⁴⁹ Vgl. *Bratz*, S. 155 ff; *Thüsing*, NZA 2002, 591, 593.

²⁵⁰ Ausführlichere Ausführung hierzu sieht man in: Einführung, C.

dem oberem Arbeitsschiedsgericht im Jahr 2017 erlassen wurde.²⁵¹ Gemäß § 6 der Beantwortung Beijing ist eine einseitige Versetzungsklausel unwirksam, die den Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitnehmer chinaweit zu versetzen. Bei der Anwendung der AGB-Regelungen ist es für ein unteres Gericht fraglich, ob § 6 der Beantwortung Beijing als eine leitbildliche Vorschrift angesehen werden soll, bei deren Abweichung eine unangemessene Benachteiligung vorliegt.

Man sieht: die Tatsachen, die für den Erlass der Ausnahmeregel für Arbeitsrecht (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB) entscheidend waren, existieren ebenfalls im chinesischen Recht. Deshalb ist es notwendig, eine Ausnahmeregel für Arbeitsverträge in die chinesischen AGB-Regelungen einzuführen. Konkret gesagt erfordert die angemessene Berücksichtigung der Besonderheit einen Vergleich der Interessenlagen der Vertragsparteien im allgemeinen Zivilrecht mit derjenigen im Arbeitsrecht.²⁵² Ein solcher Interessenvergleich erfolgt stets von Fall zu Fall. Das heißt: Anhand des Ergebnisses dieses Vergleichs ist hinsichtlich jeder einzelnen Norm der §§ 496 ff ZGB und jedes richterrechtlichen Grundsatzes zu prüfen, ob eine Abweichung im Arbeitsrecht gerechtfertigt ist. Nur wenn ein wesentlicher Unterschied der Interessenlage besteht, kann eine Klausel, die im allgemeinen Zivilrecht unzulässig ist, arbeitsrechtlich weiterhin wirksam sein. Nunmehr stellt sich die Frage, welche Besonderheiten bei der Anwendung der AGB-Regelungen auf Arbeitsrecht berücksichtigt werden sollen.

II. Umfang der zu berücksichtigenden Besonderheiten

1. Überblick über Diskussionsstand in Deutschland

Die Antwort hierauf könnte durch eine rechtsvergleichende Betrachtung der Diskussion über die genaue Bedeutung des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB in Deutschland gefunden werden. Befasst man sich mit der bisherigen Literatur und den bekannten Gerichtsentscheidungen zu den „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“, erkennt man, dass zwei Frage im Mittelpunkt stehen. Erstens ist fraglich, ob die Rechtssätze oder Regeln aus der früheren Rechtsprechung zu den „im Arbeitsrecht Geltenden“ zählen. Wenn ja, können sie weiterhin

²⁵¹ Chinesisch: 关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答.

²⁵² Vgl. *Preis*, in: *Erfk*, BGB § 310 Rn. 11; *Jacobs*, in: *BeckOK ArbR*, BGB § 310 Rn. 24; *Hönn*, *ZfA* 2003, 325, 326; *Steinau-Steinrück/Hurek*, *NZA*, 965, 966.

gelten, auch wenn sie mit der AGB-Regelungen unvereinbar sind. Fraglich ist zudem die Zuordnung der „Besonderheiten“ im Hinblick auf die tatsächlichen Besonderheiten.

a. Stellung der früheren Rechtsprechung in AGB-Regelung

Die Ansichten zu der Frage, ob und inwieweit die durch Rechtsprechung herausgebildeten Regeln oder Grundsätze fortbestehen sollen, gehen auseinander. Teilweise wird das Fortbestehen bejaht. Begründet wird es mit der historischen Auslegung von § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1²⁵³ und der Lehre vom „Kontinuitätsgebot“²⁵⁴. Demgegenüber gibt es Ansätze, wonach ein Urteil allein keine im Rahmen des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB zu berücksichtigende arbeitsrechtliche Besonderheit schaffe.²⁵⁵ Die Ablehnung stützt sich auf Sinn und Zweck der Streichung der Bereichsausnahme. Nach welchem Maßstab dies zu beurteilen ist, dass eine Regel in einem Einzelfall als Besonderheiten qualifiziert werden kann, wird jedoch nicht abschließend geklärt.

b. Stellung der tatsächlichen Besonderheiten

Die Frage, ob tatsächliche Besonderheiten angemessen im Sinne von § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB zu berücksichtigen sind, wird in der Literatur auf dem Boden der juristischen Auslegungsmethoden analysiert. Orientiert sich die Auslegung streng am Wortlaut, sollen sich die „Besonderheiten“ auf rechtliche Besonderheiten beschränken. Denn im Regelfall können nur, rechtliche Normen, nicht aber tatsächliche Gegebenheiten „gelten“.²⁵⁶ Darüber herrscht in der Literatur volle Übereinstimmung.

Umstritten ist jedoch, ob der Umfang der „Besonderheiten“ über eine wörtliche Auslegung hinaus erweitert werden soll. Ein Teil der Literatur verneint die

²⁵³ *Natzel*, NZA 2002, 595, 597; *Lingemann*, NZA 2002, 181, 192; *Leder/Morgenroth*, NZA 2002, 952, 954.

²⁵⁴ *Thüsing*, BB 2002, 2666, 2667; *ders*, NZA 2002, 591, 593.

²⁵⁵ *Annuß*, BB 2002, 458, 460 ff.; *Birnbaum*, NZA 2003, 944, 948; *Deinert*, in: *Däubler/Bonin/Deinert*, § 310 BGB Rn. 67 ff.; *Hasen*, ZGS 2003, 173, 175; *Von Koppenfels*, NZA 2002, 598, 600; *Lindemann*, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, S. 143 ff.; *Maschmann*, RdA 2005, 212, 218; *Preis*, NZA 2003 – Sonderb. Heft 16, 19, 26; *ders*, NZA 2004, 1014, 1015; *Preis/Bender*, NZA – RR 2005, 337, 338; *Reinecke*, DB 2002, 583, 585; *Schulze*, in: *NK-BGB*, § 310 BGB Rn. 14; *Singer*, RdA 2003, 194, 198 ff.; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 182.

²⁵⁶ *Thüsing*, NZA 2002, 591, 592; *ders*, BB 2002, 2666, 2667; *Deinert*, in: *Däubler / Bonin / Deinert*, § 310 Rn. 64; *Hofelich*, S. 311 ff.

Erweiterung.²⁵⁷ Dieses Ergebnis wird auch durch eine systematische Auslegung des § 310 BGB belegt.²⁵⁸ Ferner sei die Auslegung insoweit auf den Wortlaut abzustellen, als das Telos nur sehr allgemein bestimmt sei und eine historische Auslegung dieser geschichtslosen Formulierung ins Leere greifen werde.²⁵⁹ Dagegen wird vertreten, dass § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB über ihren Wortlaut hinaus auch die tatsächlichen Besonderheiten erfassen soll.²⁶⁰ Die Begründungen hierfür sind nicht ganz deckungsgleich. Zum Teil wird die Gegenauffassung mit dem § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB zugrundeliegenden Telos begründet.²⁶¹ Außerdem lässt sich ein weitergehendes Begriffsverständnis von „Besonderheiten“ aus einer der Rechtsidee immanenten Forderung selbst ableiten: dem Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.²⁶²

Angesichts dieser Kontroverse reagierte die instanzgerichtliche Rechtsprechung uneinheitlich. Während das ArbG Bochum²⁶³, das LAG Hamm²⁶⁴ und das LAG Baden-Württemberg²⁶⁵ die Anerkennung tatsächlicher Gegebenheiten als „im Arbeitsrecht geltend“ ablehnten und deshalb die Anwendbarkeit des § 309 Nr. 6 auf Arbeitsvertrag bejahten, war das ArbG Duisburg²⁶⁶ in seiner Entscheidung vom 14.8.2002 der gegenteiligen Auffassung. Das BAG hat diese Frage zunächst ausdrücklich offengelassen,²⁶⁷ aber später den letztgenannten Standpunkt eingenommen²⁶⁸.

²⁵⁷ Thüsing, NZA 2002, 591, 592; ders, BB 2002, 2666, 2667; Deinert, in: Däubler / Bonin / Deinert, § 310 Rn. 64; Preis, NZA 2003 – Sonderb. Heft 16, 19, 26; Gotthardt, ZIP 2002, 277, 279; Hofelich, S. 311 ff.

²⁵⁸ Herbert/Oberrath, NJW 2005, 3745, 3746.

²⁵⁹ Thüsing, NZA 2002, 591, 592.

²⁶⁰ Vgl. Hromadka, NJW 2002, 2523, 2528; Singer, RdA 2003, 194, 199; Joost, Festschrift für Ulme, 1199, 1203; Annuß, BB 2002, 458, 461; Becker, in: BRHP, § 310 BGB Rn. 37; Bratz, S. 152 ff; Leder/Morgenroth, NZA 2002, 952, 956; Lembke, FA 2009, 336, 337; Steinau-Steinrück/Hurek, NZA 2004, 965, 967; Stoffels, ZfA 2009, 861, 864.

²⁶¹ Henssler, in: Henssler/Westphalen, § 310 BGB Rn. 6; Joost, Festschrift für Ulmer, S. 1199, 1203; Ähnlich auch: Hromadka, NJW 2002, 2523, 2528.

²⁶² Singer, RdA 2003, 194, 199. Ähnlich auch: Bratz, S. 152 ff.

²⁶³ ArbG Bochum, AuR 2002, 978.

²⁶⁴ LAG Hamm, NZA 2003, 499, 501.

²⁶⁵ LAG BW 10.4.2003 – 11 Sa 17/03.

²⁶⁶ ArbG Duisburg 14.8.2002 – 3 Ca 1676/02, NZA 2002, 1038, 1039.

²⁶⁷ BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, AP BGB § 309 Nr. 3.

²⁶⁸ BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, AP BGB § 310 Nr. 1.

2. Bedeutung für das chinesische AGB-Recht

Die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB haben divergierende Auslegungsmöglichkeiten hinsichtlich ihres Inhalts und Umfangs zur Folge. Ob die frühere Rechtsprechung und die tatsächlichen Besonderheiten angemessen im Sinne des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB zu berücksichtigen sind, scheint daher im deutschen Recht entscheidend davon abzuhängen, welcher Auslegung der Vorgang eingeräumt wird²⁶⁹. Würde § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB ins chinesische AGB-Recht umgesetzt werden, wäre somit besonderes Augenmerk auf die Formulierung der Regelung zu legen. Würde der Inhalt des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 direkt ins Chinesische übersetzt, könnte seine genetische und Wortlautinterpretation ebenfalls zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Zur Vermeidung dieser Probleme ist bei der Regelungsumsetzung zu empfehlen, den Inhalt und den Umfang der zu berücksichtigenden Besonderheiten zunächst festzulegen. Nur so kann ein Regelungstext zutreffend formuliert werden. Der Inhalt und Umfang der „Besonderheiten“ richten sich in diesem Zusammenhang allein an dem Zweck der Regelung und den Geboten in der gesamten Rechtsordnung. Aus diesem Grund bieten die teleologische und historische Interpretation des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB der chinesischen Regelungsumsetzung die Erkenntnisquelle. Angesichts dessen ist die Auslegung des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB nur auf der Grundlage dieser zwei Methoden vorzunehmen.

III. Begriffsinhalt und Umfang der zu berücksichtigenden „Besonderheiten“ im chinesischen AGB-Recht

3. Wird die frühere Rechtsprechung als „Besonderheiten“ berücksichtigt?

Laut dem Entwurf von Bundesregierung ist die uneinheitliche Rechtsprechung in Bezug auf einzelne Klauseln ein Motiv für die gesetzliche Neuregelung.²⁷⁰ „Während einzelne Senate arbeitsvertragliche Klauseln sehr streng nach den Maßstäben des AGB-Gesetzes kontrollieren (vgl. BAG, DB 1996, 989), tendieren andere Senate des Gerichts in eine andere Richtung, wie eine der jüngsten Entscheidungen zur Frage der Ausschlussfristen bzw. abgekürzten

²⁶⁹ Hofelich, S. 306.

²⁷⁰ BT- Drucks. 14/6857, S. 54.

Verjährungsfristen (BAG 13. 12. 2000 – 10 AZR 168/2000) zeigt.²⁷¹ Daraus kann man schließen, dass der Gesetzgeber eine Beseitigung der Rechtsunsicherheit durch die Streichung der Bereichsausnahme wollte. So wird die vom Gesetzgeber verfolgte Tendenz deutlich, dass zumindest ein Teil der alten Rechtsprechung nicht mehr gelten soll.²⁷² Zudem lässt sich diese Annahme dadurch stützen, dass das BAG seine Wirksamkeitsprüfung eines Klauseltyps (z. B. Ausschlussfristklausel) an § 138 BGB oder an § 315 BGB ausrichtete. Beispielweise hatte das BAG eine Ausschlussfristklausel mit zweimonatiger Frist zur schriftlichen Geltendmachung gebilligt.²⁷³ Begründet wurde es damit, dass eine solche kurze Frist gemäß § 138 BGB nicht sittenwidrig sei. Mit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ist eine solche vorformulierte Klausel nicht mehr auf § 138 BGB, sondern auf §§ 305 ff. BGB zu prüfen. Die Regel der alten Rechtsprechung könnte nur so weiterhin gelten, wenn die Voraussetzungen für das Eingreifen bei § 138 BGB deckungsgleich mit derjenigen der AGB-Kontrolle wären. Allerdings liegen die Voraussetzungen für die Unwirksamkeit i. S. v. §§ 305 ff. BGB niedriger als das Eingreifen bei § 138 BGB, der eine grobe Interessenbeeinträchtigung von erheblicher Stärke und zusätzlich eine subjektiv verwerfliche Haltung voraussetzt.²⁷⁴ Eine AGB-Klausel, wobei gemäß § 138 BGB kein Sittenverstoß vorliegt, benachteiligt wohl die Interessen des Arbeitnehmers unangemessen. Darum muss eine Klausel, die nach einer alten Rechtsprechung zulässig war, der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB unterziehen.

Das Gleiche gilt auch für das chinesische AGB-Recht: Würde die Erweiterung der Anwendung von AGB-Regelungen auf den Arbeitsvertrag verfolgen, die bisherige Rechtsunsicherheit zu beseitigen, wäre es damit nicht zu vereinbaren, alle alte Rechtsprechung beim Alten zu bleiben. Die bisherige „Ansichten“ oder

²⁷¹ BT- Drucks. 14/6857, S. 54.

²⁷² *Singer*, RdA 2002, 194, 198. Laut *Singer* würde das Ziel, „dass das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle nicht hinter demjenigen des Zivilrechts zurückbleibt“, ebenfalls nicht erreicht, wenn die Fortführung der bisherigen Rechtsprechung im Sinne ihrer Bewahrung als zu berücksichtigenden Besonderheiten anerkannt würde.

²⁷³ BAG NZA 1998, 258; DB 2002, 1720.

²⁷⁴ *Stoffel*, AGB-Recht, S. 143; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen Vorb. § 307 BGB Rn. 58; BGH ZIP 1996, 957, 960. *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn. 24; *Coester*, in: Staudinger, § 307 Rn. 32 ff.

„Beantwortungen“ von oberen Volksgerichten sollen einer Revision unterzogen werden.

4. Beschränkung auf die rechtlichen Besonderheiten?

a. Unter dem Gesichtspunkt des Zwecks von AGB-Regelung

In Deutschland zielt die AGB-Regelung darauf, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Belangen der Arbeitsvertragsparteien zu ermöglichen.²⁷⁵ Da die Vorschriften in den §§ 308, 309 BGB auf den Interessenlagen des allgemeinen Zivilrechts beruhen, könnte die Anwendung solcher Vorschriften auf Arbeitsverträge eine unangemessene Verteilung der Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hervorrufen. Dies würde dem Ziel der AGB-Regelungen widersprechen. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB dient gerade dazu, den durch die uneingeschränkte Anwendung der §§ 308, 309 BGB entstehenden Widerspruch zu beseitigen. In diesem Zusammenhang könnten alle möglichen Elemente als „Besonderheiten“ aufgefasst werden, unter deren Einfluss sich ein wesentlicher Unterschied zwischen den Interessenlagen im Arbeitsrecht und denjenigen im allgemeinen Zivilrechts ergibt.²⁷⁶ Ob es sich um rechtliche oder tatsächliche Besonderheiten handelt, spielt keine bedeutende Rolle.²⁷⁷ Die Beschränkung auf die rechtlichen Besonderheiten würde somit verhindern, den Zweck der AGB-Regelungen zu verwirklichen.

b. Unter dem Gesichtspunkt vom Prinzip der Gleichbehandlung der Gleichartigen

Die objektiv-teleologischen Auslegungskriterien ergeben sich aus den objektiven Zwecken des Rechts, vornehmlich aus dem Gedanken der Gerechtigkeit.²⁷⁸ Darunter kommt das Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichartigen eine besondere Bedeutung zu.²⁷⁹ Dies entspricht auch dem allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Artikel 3 Abs. 1 GG. Der allgemeine Gleichheitssatz verpflichtet die öffentliche Gewalt: Gleiche Sachverhalte dürfen nicht unterschiedlich, unterschiedliche nicht gleich behandelt werden, es sei

²⁷⁵ *Henssler*, in: *Henssler/Westphalen*, BGB § 310 Rn. 6.

²⁷⁶ *Jacobs*, in: *BeckOK ArbR*, BGB § 310 Rn. 24.

²⁷⁷ *Jacobs*, in: *BeckOK ArbR*, BGB § 310 Rn. 23.

²⁷⁸ *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 334.

²⁷⁹ *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 334.

denn, ein abweichendes Vorgehen ist sachlich gerechtfertigt.²⁸⁰ Im Kontext der Bereichseinschränkung kommt es bei der Anwendbarkeit einer Vorschrift des §§ 308, 309 BGB nach dem Gleichheitssatz also darauf an, ob die Interessenlagen im allgemeinen Verbrauchervertrag und Arbeitsvertrag gleich sind. Deshalb betont *Singer* zu Recht, dass sich die Berücksichtigung der tatsächlichen Besonderheiten durch den allgemeinen Gleichheitssatz stützen lässt.²⁸¹ Dies kann durch die Anwendung von § 309 Nr. 2 lit. b und Nr. 6 BGB verdeutlicht werden, wobei sich ein wesentlicher Unterschied der Interessenlagen aus tatsächlichen Gegebenheiten ergibt.

Nach § 309 Nr. 2 lit. b BGB ist eine Klausel unwirksam, durch welche ein dem Kunden zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Wäre der Ausschluss eines Zurückbehaltungsrechts des Arbeitnehmers gemäß § 309 Nr. 2 lit. b BGB unwirksam, das sich auf die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bezieht, könnte es dem Arbeitgeber zum schweren Schaden gereichen.²⁸² Dies trifft für allgemeine Verbraucherverträge aber nicht zu. Gleiches gilt für die Anwendbarkeit von § 309 Nr. 6 BGB. Dies erklärt eine AGB-Klausel für unwirksam, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, die Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird. Im allgemeinen Verbrauchervertrag ist ein solches Klauselverbot sachgerecht, weil der Verwender in der Regel andere Sanktionen für die Vertragsverletzung zur Verfügung stehen²⁸³ und ein aner kennenswertes Interesse für ihre formularmäßige Vereinbarung nicht ersichtlich ist²⁸⁴. Bei der Klage auf Schadenersatz fällt dem Verwender der Nachweis seines Schadens nicht schwer.²⁸⁵ Auch wenn der Besteller des Dienstvertrags die Schadenshöhe nachweisen kann, indem er die Kosten für den Einsatz einer anderen fremdbestimmten Tätigkeit beziffert. Im

²⁸⁰ Vgl. *Kischel*, in: BeckOK Grundgesetz, GG Art. 3 Rn. 14.

²⁸¹ *Singer*, RdA 2002, 194, 198.

²⁸² *Singer*, RdA 2003, 194, 198; *Annuß*, BB 2002, 458, 463.

²⁸³ BMJ, März 1975, Anm.. S. 5.

²⁸⁴ BT-Dr 7/3919, S. 30.

²⁸⁵ *Stoffels*, Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers, 1994, S. 203 ff; *Gotthardt*, ZIP 2002, 277, 283; *Annuß*, BB 2002, 458, 463; *Lingemann*, NZA 2002, 181, 192. aA: *Deinert*, in: Däubler/Bonin/Deinert, BGB § 310, Rn. 90.

Arbeitsverhältnis sind der Nachweis der Kausalität zwischen Nichteintritt der Arbeitsstelle und Schaden sowie der konkreten Schadenshöhe in der Praxis kaum zu führen.²⁸⁶ Bei der Anwendung von § 309 Nr. 2 lit. b und Nr. 6 BGB besteht also ein Unterschied zwischen den Interessenlagen der Vertragsparteien im Arbeitsvertrag und denjenigen im allgemeinen Verbrauchervertrag. Dieser, Unterschied ergibt sich aus Natur der Sache (tatsächlicher Gegebenheit²⁸⁷). Deshalb sind § 309 Nr. 2 lit. b²⁸⁸ und Nr. 6 BGB²⁸⁹ auf Arbeitsverträge nicht anwendbar. Würde nur rechtlichen Besonderheiten gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 Rechnung getragen, träfen die gleichen Regeln (§ 309 Nr. 2 lit. b und Nr. 6) ungleiche Interessenlagen, die sich aus tatsächlichen Besonderheiten ergäben. Ein sachlicher Grund für eine derartige ungleiche Behandlung ist auch nicht ersichtlich. Daraus kann man schließen, dass die tatsächlichen Besonderheiten ebenfalls gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB angemessen berücksichtigt werden sollen.

Zu beachten ist aber, dass nicht alle derartigen Elemente bedingungslos berücksichtigt werden sollen. Die Usancen im Arbeitsleben zählen zwar zu den tatsächlichen Gegebenheiten, aber diese haben sich wiederum aus einem ungleichen Verhältnis herausgebildet.²⁹⁰ Mit großer Wahrscheinlichkeit werden gewisse Rechte des Arbeitnehmers durch die Regeln in Usancen unangemessen ausgeschlossen. Aus diesem Grund sollen sie aus den zu berücksichtigenden Besonderheiten ausgeschlossen werden.

²⁸⁶ Vgl. *Leder/Morgenroth*, NZA 2002, 952, 955; *Bros*, DB 2004, 1778, 1779; ArbG Duisburg 14.8.2002 – 3 Ca 1676/02, NZA 2002, 1038, 1039; BAG 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, AP BGB Nr. 3; *Müller-Glöge*, in: ErfK, BGB § 345 Rn. 10a; *Stoffels*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, ArbR Rn. 203.

²⁸⁷ Nach der herrschenden Meinung führt eine rechtliche Besonderheit auch zur unterschiedlichen Interessenlagen der Arbeitsvertragsparteien. Bei der Anwendung von § 309 Nr. 6 BGB ist der Vertragspartner eines zahlungspflichtigen Kunden nicht machtlos, weil ihm prozessual durch die Eröffnung des Mahnverfahrens ein beschleunigter Weg zur Durchsetzung seiner Ansprüche eröffnet wird. Beim Arbeitsverhältnis wird eine solche Interessenlage dadurch geändert, dass §§ 62 Abs. 2 ArbG und 888 Abs. 3 ZPO die Vollstreckung des Erfüllungsanspruches ausschließt. Ausfülllich hierzu sieht man in: *Leder/Morgenroth*, NZA 2002, 952, 955; *Reichenbach*, NZA 2003, 309, 310;

²⁸⁸ *Singer*, RdA 2003, 194, 198; *Annuß*, BB 2002, 458, 463.

²⁸⁹ Vgl. *Leder/Morgenroth*, NZA 2002, 952, 955; *Singer*, RdA 2003, 194, 198; *Henssler*, RdA 2002, 129, 138; *Reichold*, ZTR 2002, 202, 207; *Bartz*, AuA 2002, 62, 64; BAG, NZA 2004, 727; Andere Ansichten: *von Koppenfels*, NZA 2002, 598, 601; *Deinert*, in: *Däubler/Bonin/Deinert*, § 310 BGB, Rn. 87 ff; *Thüsing*, NZA 2002, 591, 598.

²⁹⁰ *Deinert*, in: *Däubler / Bonin / Deinert*, § 310 Rn. 82a; *Annuß*, BB 2006, 1333, 1334; *Preis/Rolf*, NZA 2007, 43, 47; *Jesgarzewski*, AuR 2011, 9, 13; *Lakies*, S. 136

c. Zwischenergebnis und Bedeutung für Übernahme der Ausnahmeregel
ins chinesische AGB-Recht

Zusammenfassend ist zu sagen, dass sowohl die rechtlichen, als auch die tatsächlichen Besonderheiten bei der Anwendung der AGB-Regelungen auf Arbeitsverträge berücksichtigt werden. Dies entspricht sowohl dem Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, als auch dem Sinn und Zweck der §§ 305-310 BGB. Ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Besonderheiten wird der Zweck der AGB-Regelungen nicht verwirklicht.

Fraglich ist jedoch, ob ein solches Ergebnis zugleich ins chinesische AGB-Recht übernommen soll. Genauso wie §§ 305 – 310 BGB, zielen §§ 496-498 ZGB (§§ 39 – 41 CVG) ebenfalls darauf ab, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Belangen der Arbeitsvertragsparteien zu ermöglichen. Ferner stellt sich das Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, als ein Grundpfeiler eines modernen Rechtsstaats in China dar. Dieser Grundgedanke wird in der chinesischen Literatur durchaus anerkannt ²⁹¹ Daneben verfolgt die Rechtspraxis das Ziel, bei der Rechtsanwendung gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln. Als ein Beispiel dafür versucht das OVG mit dem Erlass von Leitentscheidungen (Teil II, D, II, 2, c)), das Phänomen, gleiche Sachverhalte ohne sachliche Rechtfertigung ungleich zu behandeln, zu beseitigen.

Angesichts dessen kann das Zwischenergebnis mit der Übernahme der Ausnahmeregel gleichzeitig ins chinesische AGB- Recht übernommen werden. Das heißt: Bei der Anwendung der AGB-Regelungen auf Arbeitsverträge sollen Rechtsnormen, richterrechtliche Rechtssätze oder tatsächliche Gegebenheiten berücksichtigt werden, unter deren Einfluss sich ein wesentlicher Unterschied zwischen den Interessenlagen im Arbeitsrecht und denjenigen im allgemeinen Zivilrecht ergibt. Liegt ein wesentlicher Unterschied vor, soll die Anwendung der AGB-Regelungen verdrängt werden.

²⁹¹ Vgl. *SUN Haibo*, The Jurist 2019/5, 141; *ZHANG Qi*, Peking University of Law Journal 2014/2; *BAI Jianjun*, China Legal Science 2003/3, 133, 136.

Teil III. Anwendung des zu reformierenden chinesischen AGB-Rechts auf einzelne Fragen

Der folgende Teil greift die Anwendung des reformierenden chinesischen AGB-Rechts auf einzelne Fragen auf und versucht zu zeigen, dass sich mit dem Rechtsinstitut der AGB-Kontrolle eine Reihe von Problemen sachgerechter bewältigen lässt.

A. AGB-Kontrolle der betriebsinternen Arbeitsordnung

Der Inhalt der betriebsinternen Arbeitsordnung in China (im Folgenden: BAO) ähnelt der in Deutschland. In der BAO wird die Ordnung des Betriebs, das geforderte Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb, der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit, Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte, Urlaubsgrundsätze, Regelungen über den Gesundheitsschutz, die betriebliche Lohngestaltung, Akkord- und Prämiensätze etc. geregelt. In diesem Kapitel werden zwei Themen untersucht: die Kontrollfähigkeit der betriebsinternen Arbeitsordnung und die Inhaltskontrolle der für die BAO typischen Betriebsbuße. Zu beachten ist, dass der Diskussionsgegenstand sich auf die BAO in privaten Unternehmen beschränkt. Denn das Zustandekommen von BAO in Staatsunternehmen ist durch die Verleihung von Mitbestimmungsrechten der Versammlung der Belegschaftsvertreter gesetzlich²⁹² ausdrücklich geregelt.

I. Kontrollfähigkeit

1. Hintergrund und Diskussionsstand

Die Frage nach der Kontrollfähigkeit betriebsinterner Arbeitsordnungen schließt die Frage nach deren Rechtsnatur mit ein. Würde die BAO in China nach denselben Umständen wie die Betriebsvereinbarung nach deutschem Recht geschlossen, bei deren Inhalt den Belegschaftsvertretern oder der

²⁹² Rechtsverordnung zur Versammlung der Belegschaftsvertreter in Staatsunternehmen sieht vor, dass die Regelungen über die Angelegenheiten, die in den Aufgabenbereich der Versammlung der Belegschaftsvertreter fallen, durch die Versammlung der Belegschaftsvertreter angenommen werden müssen.

Betriebsgewerkschaft²⁹³ ein gesetzliches Mitbestimmungsrecht zusteht, würde keine Inhaltskontrolle der BAO stattfinden. Würde die BAO durch den Arbeitgeber einseitig vorformuliert werden, was in der Realität meistens der Fall ist, könnte sie als AGB-Klausel eingeordnet werden. Darin liegt gerade das Problem.

Seit Anfang des 21. Jahrhunderts wird die Rechtsnatur der BAO heftig diskutiert. Im Wesentlichen haben sich drei Ansätze für die Einordnung der BAO herauskristallisiert: teilweise wird die BAO als „ermächtigte Rechtsverordnung“²⁹⁴, als „Allgemeine Geschäftsbedingungen“²⁹⁵ und teilweise auch als „kollektiver Vertrag“²⁹⁶ verstanden. Diejenigen, die die BAO als „ermächtigte Rechtsverordnung“ verstehen, gehen von einem Modell aus, das vor der Reform- und Öffnungspolitik gängig war. Damals sah das planwirtschaftliche System lediglich Staatsunternehmen vor, die die Rechtsposition von Arbeitnehmer und Staatsunternehmen mittels Weisungen (Rechtsverordnungen) geregelt haben, die den Verwaltungsakten im deutschen Recht, stark ähneln.²⁹⁷ Vor diesem Hintergrund war es logisch, die BAO als Rechtsverordnung anzusehen.

Dieser Ansatz ist aufgrund des heutigen veränderten Wirtschaftssystems (Marktwirtschaft), der mittlerweile veränderten Rechtslage sowie der gelebten Praxis überholt. Zum einen wird das Arbeitsverhältnis als privates Rechtsgeschäft verstanden. Damit ist es als zivilrechtliches Verhältnis und nicht als öffentlich-rechtliches Verhältnis zu sehen. Zum anderen schreibt § 9

²⁹³ Das Rechtssystem der Interessenvertretung von Arbeitnehmer ist von duales System geprägt. Während die Interessen der Arbeitnehmer auf der Bezirks- oder Branchenebene durch Gewerkschaften vertreten, vertreten die Interessen der Arbeitnehmer innerhalb eines Betriebs der Betriebsrat. In China gibt es dagegen kein duales System der Arbeitnehmervertretung wie in Deutschland. Auf der Betriebsebene werden die Interessen des Arbeitnehmers durch Belegschaftsvertretern oder Betriebsgewerkschaften vertreten. Die Betriebsgewerkschaft ist unterste Gewerkschaft innerhalb der chinesischen Gewerkschaftssystem. Auf der Ebene oberhalb der Betriebsgewerkschaften stehen Bezirks- und Branchengewerkschaften. Alle Gewerkschaften sind im All-Chinesin Gewerkschaftsbund (im Folgenden: ACGB) zusammengeschlossen. Ausführlich zur Gewerkschaft in der chinesischen Rechtsordnung sieht man in: *Sheng Li*, S. 32 ff.

²⁹⁴ Vgl. *WANG Junying*, *SONG Xinchao*, Hebei Law Science, 5/2003, 102 ff.

²⁹⁵ *GAO Shengping*, Legal Science, 10/2006, 154, 158; *HU Lifeng*, Legal Science, 11/2008, 125 ff.; *ZHU Jun*, Tsinghua University Law Journal, 3/2017, 93, 100; *DONG Wenjun*, Contemporary Law Review 10/2010, 118, 120.

²⁹⁶ *WEN Qinghong*, Journal of Wuhan University of Science and Technology, 1/2009, 69, 71.

²⁹⁷ *ZHU Jun*, Tsinghua University Law Journal, 3/2017, 93, 100.

des Gesetzgebungsgesetzes vor, dass der Staatsrat das einzige zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigte Organ ist.

Nach der zweiten Ansicht ist die BAO als AGB ein Bestandteil des Arbeitsvertrages, weil es einerseits die Gelegenheiten der Durchführung des Arbeitsverhältnisses betrifft, andererseits vom Arbeitgeber einseitig vorformuliert wird.²⁹⁸

Nach der Ansicht des „kollektiven Vertrages“ soll die BAO eine Art kollektiver Vertrag sein. Denn sowohl Arbeitgeber und als auch Arbeitnehmervertreter haben an der Schaffung der BAO mitgewirkt.²⁹⁹

Argumentativ stützen die beiden zuletzt genannten Ansätze sich auf das Rechtsverständnis anderer ostasiatischer Rechtsordnungen, insbesondere der Rechtsordnung Taiwans und Japans. Diese in den frühen Stadien vorzufindende Methode der chinesischen Rechtswissenschaft ist heutzutage angesichts der hohen Regelungsdichte nicht mehr zulässig. Denn die Anleihen aus den anderen Rechtsordnungen stützen sich auf fremdes Recht. Eine rechtsdogmatisch saubere Auslegung fand bisher nicht statt.

Hier ist jedoch die Auslegung des gegenwärtigen Gesetzes³⁰⁰ gefordert. Aus diesem Grund wird die Frage im folgenden Teil rechtsdogmatisch analysiert. Im Anschluss wird auch die Praxis beleuchtet.

2. Auslegung des § 4 ArbVG

a. Wortlaut und systematische Argumente

Der Wortlaut des § 4 ArbVG scheint prima facie der Beschäftigtenvertreterversammlung oder der gesamten Belegschaft ein Mitbestimmungsrecht zu geben. Gemäß § 4 ArbVG muss der Arbeitgeber über die Errichtung oder Modifikation der betriebsinternen Regeln zunächst mit der Beschäftigtenvertreterversammlung oder der gesamten Belegschaft diskutieren, wenn sie persönliche Interessen der Arbeitenden direkt berühren. Danach muss die Regelung mit der Gewerkschaft oder den Beschäftigtenvertretern gleichberechtigt verhandelt und festgesetzt werden.

²⁹⁸ GAO Shengping, Legal Science, 10/2006, 154, 158; HU Lifeng, Legal Science, 11/2008, 125 ff.

²⁹⁹ WEN Qinghong, Journal of Wuhan University of Science and Technology, 1/2009, 69, 71.

³⁰⁰ ZHU Jun, Tsinghua University Law Journal, 3/2017, 93, 94.

Teilweise wird die BAO als kollektiver Vertrag mit normativer Wirkung für alle Arbeitnehmer angesehen. Denn die BAO soll nicht einseitig bestimmt, sondern „gleichberechtigt verhandelt“ und festgelegt werden.³⁰¹

Demgegenüber meinen viele Autoren, dass § 4 ArbVG lediglich ein Beratungsrecht der Beschäftigtenvertreter oder Betriebsgewerkschaft gewährleistet. Würde ein Mitbestimmungsrecht verliehen werden, hätte der Gesetzgeber die Unwirksamkeit der BAO ausdrücklich vorgeschrieben für den Fall, dass die BAO nicht gemäß § 4 ArbVG diskutiert oder verhandelt wird.³⁰² Zudem müsste ein spezielles Verfahren vorgesehen werden, falls eine Einigung zwischen Arbeitgeber und der Gewerkschaft bzw. den Beschäftigtenvertretern ausbleibt. Ferner weist der Wortlaut „verhandelt und festlegt“ in § 4 ArbVG auf ein demokratisches Verfahren hin³⁰³, wobei jede Partei ihre eigene Meinung ohne weiteres zum Ausdruck bringen kann. Das Letztentscheidungsrecht verbleibt aber beim Arbeitgeber.³⁰⁴ Dieses Argument verdient Zustimmung. Sowohl im allgemeinen Sprachgebrauch als auch in anderen Gesetztexten deutet „verhandeln (xieshang, 协商)“ darauf hin, dass zwei oder mehrere Parteien die Regelungen besprechen, um zu einer Einigung zu kommen. Entscheidend ist deshalb die Besprechung und ihr Verfahren. Ob das Ziel der Einigung am Ende erreicht wird oder nicht, spielt keine Rolle. Ein Beispiel dafür ist § 39 Nr. 1 Verbraucherschutzgesetz. Dieser sieht vor, dass Streitigkeiten zwischen Unternehmern und Verbrauchern durch das „Verhandeln eines Vergleichs (xieshang hejie 协商和解)“ gelöst werden können. Wäre ein „Vergleich“ von der Bedeutung des „Verhandelns“ umfasst, hätte der Gesetzgeber nicht „Vergleich“, sondern lediglich „Verhandeln“ geschrieben.

b. Historische Argumente

Die historische Argumentation bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Wirksamkeit der betriebsinternen Regelung die Zustimmung der Versammlung der Belegschaftsvertreter oder der Gewerkschaft voraussetzt. Im ersten

³⁰¹ HOU Zhuo, Social Sciences in Ningxia, 4/2015, 31, 33.

³⁰² ZHENG Shangyuan, WANG Yifei, Modern Law Science, 11/2013, 72, 79.

³⁰³ QIN Fuzheng, Oriental Law, 2/2016, 92, 99; WANG Quanxing, Arbeitsrecht, S. 236; SHEN Jianfeng, Comparative Law, 1/2016, 16, 25.

³⁰⁴ HUANG Jian Zhong/GAO Shengping, People's Judicature, 4/2007, 83, 84; WANG Quanxing, Interpretation der Vorschriften des Arbeitsvertragsgesetzes, S. 37.

Entwurf des ArbVG war vorgesehen, dass die Versammlung der Belegschaftsvertreter oder der Betriebsgewerkschaft mit dem Arbeitgeber über den Inhalt der betriebsinternen Regelungen im Einzelnen verhandeln solle. Die durch den Arbeitgeber einseitig bestimmten Regelungen waren unwirksam. An deren Stelle traten die von der Arbeitnehmerseite vorgeschlagenen Regelungen (§ 51, ArbVG, 1. Entwurf). Daraufhin kritisierten Arbeitgebervertreter, dass sich die Festlegung betriebsinterner Regelungen lange hinausziehen würde, wenn das Verhandeln zu keinem Ergebnis führen würde oder es innerhalb der Versammlung zu keiner Einigung käme.³⁰⁵ Das hätte die Beeinträchtigung des Personalmanagements der Unternehmen zur Folge. Laut der Kammer der USA-Investoren wäre eine solche Reglementierung sogar „schlimmer als in Europa“.³⁰⁶

Angesichts der starken Einwände wurde das Mitbestimmungsrecht der Versammlung der Belegschaftsvertreter bzw. der Gewerkschaft im Ergebnis gestrichen. Dies spiegelt sich auch in der offiziellen Auslegung zum § 4 ArbVG wider. Laut der Legislativauslegung orientiert sich das Festlegungsverfahren an dem Prinzip des „demokratischen Zentralismus“³⁰⁷. Das heißt: Der Arbeitgeber soll zuerst mit der Versammlung der Belegschaftsvertreter oder der Gewerkschaft über den Inhalt diskutieren und verhandeln, damit die Arbeitgeber die Interessen der Arbeitnehmerseite anhören und in seiner Entscheidung berücksichtigen kann. Erst dann darf der Arbeitgeber den Inhalt der betriebsinternen Regelung bestimmen.³⁰⁸ Entsprechend sieht § 4 ArbVG kein Mitbestimmungsrecht, sondern nur ein Beratungsrecht vor.

3. In der Praxis

Um das Beratungsrecht der Versammlung der Belegschaftsvertreter oder der Gewerkschaft zu sichern, sah der OVG Entwurf der gerichtlichen Auslegung vor, dass die Missachtung des Verfahrens im § 4 ArbVG die Unwirksamkeit der betriebsinternen Regelung zur Folge hatte. Diese Rechtsfolge ähnelte der Rechtsfolge von Abschlussmängeln iRd. § 77 BetrVG. Letztlich wurde der Vorschlag dieser Regelung wieder gestrichen. Aber auf regionaler Ebene wird

³⁰⁵ XIN Chunying, KAN Ke (Hrsg.), Auslegung des ArbVG, S. 15.

³⁰⁶ Däubler, Arbeitsrecht in China – eine Momentaufnahme, S. 11.

³⁰⁷ XIN Chunying, KAN Ke (Hrsg.), Auslegung des ArbVG, S. 1

³⁰⁸ XIN Chunying, KAN Ke (Hrsg.), Auslegung des ArbVG, S. 16.

diese Regel in der Rechtsprechung in einer sogenannten Leitansicht anerkannt. Dabei handelt es sich um die Leitansicht eines oberen Gerichts zu einem bestimmten Regelungskomplex. Gemäß der Leitansicht des oberen Gerichts der Guangdong Provinz³⁰⁹ ist die BAO grundsätzlich unwirksam, wenn sie nicht gemäß § 4 ArbVG zustande gekommen ist.³¹⁰ Die Konkretisierung dieser Regel findet man in § 18 Leitansicht des oberen Gerichts der Jiangsu Provinz: Die BAO ist grundsätzlich nichtig, wenn sich die Parteien über ihren Inhalt nicht auf Grundlage einer vorhergehenden Diskussion gemäß § 4 ArbVG geeinigt haben.

Ausnahmsweise können die unwirksamen Regelungen der BAO wirksamer Bestandteil des einzelnen Arbeitsvertrags werden, wenn sie zwei Voraussetzungen erfüllen. Der Arbeitgeber muss seine Informationspflicht erfüllen und die Regelung muss einer Inhaltsprüfung standhalten. Die Informationspflicht soll sicherstellen, dass der Arbeitnehmer von der Regelung Kenntnis nimmt. Deshalb muss der Arbeitgeber die Regelungen bekanntmachen oder dem Arbeitnehmer mitteilen (Informationspflicht, § 18 II, Leitgedanken des oberen Gerichts der Jiangsu Provinz).

Die Inhaltsprüfung verläuft zweistufig. Zunächst darf die BAO nicht gegen Gesetze oder Rechtsverordnungen verstoßen. Zum anderen darf die BAO den Arbeitnehmer nicht unangemessenen benachteiligen.

Dieser Kontrollmechanismus weist eine besondere Nähe zur AGB-Kontrolle auf, weshalb dies teilweise auch als „*de facto* AGB-Kontrolle“ benannt wird: Die Bekanntmachung bzw. die Mitteilung werden am Maßstab der Einbeziehungskontrolle gemessen. Danach muss der Inhalt der betriebsinternen Regelung einer der AGB-Kontrolle üblichen Angemessenheitsprüfung standhalten. An diesem Leitgedanken knüpft das Schiedsgericht von Taizhou, Jiangsu in einem Schiedsspruch³¹¹ an. In dieser Entscheidung stellte das Schiedsgericht klar, dass eine Regelung, wonach das

³⁰⁹ Leitansicht des oberen Gerichts und Schiedsgerichts zu Arbeitsrechtsstreitigkeiten Guangdong Provinz

³¹⁰ Ähnliche Regelung enthält auch „Leitansicht“ des oberen Gerichts und des oberen Schiedsgerichts zu Arbeitsstreitigkeiten der Zhengjiang, Hunan, Anhui und Hebei Provinz und Beijing.

³¹¹ CHEN Wei Zhong, China Labor, 8/2012, 56.

zweitägige Fernbleiben zur Kündigung führt, unangemessen und deshalb unwirksam ist. Noch höhere Anforderungen an die inhaltliche Überprüfung stellen die Leitgedanken der Provinzen Guangdong Hubei und Zhengjiang: Neben der inhaltlichen Mängelfreiheit setzt die Wirksamkeit der Regelungen noch die Zustimmung des Arbeitnehmers aus. In dieser Situation könnten die Regelungen als einzeln ausgehandelte Klauseln verstanden werden. Anders als § 305b BGB können die Regelungen von dem Gericht einer Angemessenheitsprüfung unterzogen werden, obwohl der Arbeitnehmer diese ausgehandelt hat.

Letztlich ergibt sich so ein zweistufiges Kontrollsystem der BAO. Zunächst ist zu klären, ob die BAO ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Ist das Ergebnis negativ, ist zu prüfen, ob die Geltung der Regelungen durch Übernahme der Regelungen als Vertragsbestandteil erhalten werden kann. In dessen Rahmen sind die Informationspflicht des Arbeitgebers sowie der Inhalt zu prüfen. Die BAO ist nur dann vollständig unwirksam, wenn sie beiden Prüfungen nicht standhält.

4. Das Dilemma der Belegschaftsvertreter und der Gewerkschaft

Das zweistufige Kontrollsystem beruht auf eine Angemessenheitsvermutung: soweit der Arbeitgeber gemäß § 4 ArbVG die Interessen der Arbeitnehmerseite anhört, wird vermutet, dass die Rechte, Pflichten und Risiken zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmer in der BAO angemessen geregelt werden. Erst wenn die BAO nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist, greift eine Inhaltsprüfung ein.

In der Praxis ist eine solche Vermutung sehr bedenklich, weil weder die Belegschaftsvertreter noch die Betriebsgewerkschaft von dem Arbeitgeber unabhängig sind. Obwohl deren Unabhängigkeit im Gewerkschaftsgesetz zwingend vorgesehen ist, wird der Betriebsgewerkschaftsführer meistens nicht frei gewählt, sondern vom Management übergeordneter Gewerkschaften nominiert. Das Gleiche gilt oft für den Führer der Belegschaftsvertreter.³¹² Deshalb ist zu bedenken, ob die Betriebsgewerkschaft tatsächlich als Interessenvertreter der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber verhandeln kann. So

³¹² *HOU Zhuo*, Social Sciences in Ningxia, 4/2015, 31, 35.

besteht die Gefahr, dass der Arbeitgeber und die davon abhängige Betriebsgewerkschaft eine BAO „verhandeln“, die zwar gemäß § 4 ArbVG zustande gekommen ist, aber den Arbeitnehmer belastet.³¹³ Dann wären die Arbeitnehmer schlechter gestellt, als bei einer verfahrensfehlerhaften BAO.

Angesichts des Mangels an Unabhängigkeit der Belegschaftsvertreter bzw. der Betriebsgewerkschaft wird vorgeschlagen,³¹⁴ die Regelungen in der BAO als AGB-Klauseln anzusehen, unabhängig davon, ob die BAO ordnungsgemäß zustande gekommen ist oder nicht. Dem ist zuzustimmen. Die AGB-Kontrolle vor allem aber die darin enthaltene Inhaltskontrolle bietet sich als praktikable Notlösung für einen Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber an.

II. Schranken der Inhaltskontrolle in BAO

1. Deklaratorische Klauseln

In Deutschland unterliegen Vertragsklauseln, die lediglich den Inhalt von Gesetzesvorschriften wiederholen, gemäß § 307 Abs. 3 BGB nicht der Inhaltskontrolle.³¹⁵ Das Gleiche gilt auch für die chinesische Inhaltskontrolle: Gemäß § § 96, 97 des Gesetzgebungsgesetzes der VR China³¹⁶ werden die Organe der Rechtsprechung nicht ermächtigt, die Gesetzesvorschriften aufzuheben. Daraus folgt, dass Gerichte nicht die Kompetenz haben gesetzliche Vorschriften für nichtig zu erklären. Deshalb sollen die Regelungen des Vertrages, die lediglich gesetzliche Regelungen wiederholen, nicht der Inhaltskontrolle durch die Gerichte unterworfen werden. Für die betriebsinterne Arbeitsordnung ist bedeutsam, dass zahlreiche Klauseln in der BAO, insbesondere diejenigen, die den Arbeitsschutz betreffen, den Inhalt normativer Regelungen wiederholen.

Zu beachten ist auch, dass die abstrakten justiziellen Auslegungen, die durch das OVG erlassen werden, einen faktischen Normcharakter haben. Insoweit

³¹³ ZHENG Xiaoshan, Law Science, 11/2014, 34, 36.

³¹⁴ HOU Zhuo, Social Sciences in Ningxia, 4/2015, 31, 35.

³¹⁵ Vgl. Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, § 307 BGB Rn. 331 ff; Wurmnest, in: MünchKomm BGB, § 307 Rn. 6 ff.

³¹⁶ Den Inhalt der Vorschriften findet man im Anhang.

Klauseln der BAO, die den Inhalt abstrakt justizieller Auslegung wiederholen, nicht der Inhaltskontrolle.

2. Klauseln, die nicht mit zwingendem Recht vereinbar sind

Eine weitere Schranke der Inhaltskontrolle besteht für die Klauseln, die gegen zwingendes Recht verstoßen. Denn die Unwirksamkeit solcher Klauseln steht noch vor einer Inhaltskontrolle fest. Darunter fällt z. B. eine Klausel, wonach sich der Arbeitgeber von der Kündigungsabfindung befreit, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag einseitig kündigt. Die Klausel ist gemäß §§ 38, 46 ArbVG³¹⁷ unwirksam, ohne einer Inhaltskontrolle zu unterliegen.

III. Inhaltskontrolle der Klauseln über Arbeitspflichten einschließlich Betriebsbußen

1. Inwieweit findet die AGB-Kontrolle statt?

Ein wichtiger Teil der Regelungen in der BAO sind die konkreten Arbeitspflichten. Die Regelungen, die den Inhalt, den Ort und die Zeit der Arbeitsleistung näher bestimmen, sollen nicht einer AGB-Kontrolle, sondern einer Ausübungskontrolle liegen.³¹⁸ Im Vergleich dazu unterliegen die Regelungen, die Nebenpflichten des Arbeitnehmers betreffen, einer AGB-Kontrolle.

Zu den Regelungen in der BAO zählen auch die Betriebsbußen. Unter Betriebsbuße versteht man betriebsinterne disziplinarische Maßnahmen, die ein Arbeitgeber gegen einen Arbeitnehmer verhängt, wenn der Arbeitnehmer gegen Arbeitspflichten verstößt.³¹⁹ Als Sanktion für Verstöße gegen die Pflicht waren Betriebsbußen von einer Verordnung³²⁰ ausdrücklich geregelt. Die 1982

³¹⁷ Der Inhalt der Vorschriften sieht man im Anhang.

³¹⁸ Im chinesischen Recht findet man keine Vorschrift wie § 315 BGB, wonach die einseitige Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. In der chinesischen Rechtspraxis überprüfen Gerichte die Billigkeit der Regelungen in der BAO, welche die konkrete Arbeitszeit und den konkreten Arbeitsort betreffen. Halten die Gerichte solche Regelungen für unbillig, werden sie durch Urteile getroffen. Vgl. Li Qiang vs. Biaoqin, Urteil vom Shanghai oberen Volksgericht, Akz. Nr.: (2017) 沪民申 752 号; Hu vs. Le, Urteil vom Shenzhen mittleren Volksgericht, Akz. Nr.: (2016) 粤 03 民终 8898 号.

³¹⁹ CHEN Rongwen, Fujian Tribune (The Humanities & Social Sciences Monthly) 12/2009; DING Jianan/ ZHANG Qiuhua, Social Science Front 10/2013, 190, 193.

³²⁰ Die Rechtsgrundlage der Betriebsbuße war die Verordnung über die Belohnungen und die Bestrafungen der Angestellte die 1982 erlassen wurde. Nach § 12 der Verordnung zählen folgende Maßnahmen zur Betriebsbuße: Verwarnung, Verweis, strenger Verweis, Zurückstufung, Beförderungsverbot, Kürzung des Gehalts und Entfernung aus dem Dienst. Diese Verordnung wurde zwar im Jahr 2008 aufgehoben, die Maßnahmen zahlreichen

erlassene Verordnung sah insgesamt sieben Maßnahmen vor und spielte eine herausragende Rolle in der Praxis. Obwohl sie im Jahr 2008 aufgehoben wurde, werden einige Maßnahmen in Unternehmen bis heute noch ergriffen. Im heutigen chinesischen Arbeitsleben kommen vier Arten von Bußen ins Betracht: die Verwarnung, der Verweis, die Geldbuße (Gehaltsminderung), und die Kündigung. Die Verwarnung ist die mildeste Maßnahme. Ihr folgen der Verweis und die Geldbuße. Die Kündigung gilt als strengste disziplinarische Maßnahme.

Die Maßstäbe, nach denen man die Angemessenheit der verhängten Maßnahme im Einzelfall bewerten kann, sind unklar. Die Rechtsprechung urteilt uneinheitlich, während eine umfassende rechtswissenschaftliche Aufarbeitung bisher unterblieben ist. In der Literatur wird eine dreistufige Prüfung vorgeschlagen.³²¹ Zunächst sei zu klären, ob die Voraussetzungen für die Verhängung einer Maßnahme klar und verständlich formuliert und gegenüber dem Arbeitnehmer bekannt gemacht wurden. Dem Arbeitnehmer müsse klar sein, unter welchen Umständen er mit welchen konkreten Maßnahmen rechnen muss. Danach sei zu prüfen, ob die betriebsbußbewährte Arbeitspflicht angemessen ist. Schließlich erfolgt eine Angemessenheitsprüfung der Maßnahme.

Bei den ersten zwei genannten Prüfungen handelt es sich um eine Inhaltskontrolle, nämlich die Transparenzkontrolle und die Angemessenheitskontrolle. Allerdings lässt sich die Frage, ob eine konkrete disziplinarische Maßnahme für eine konkrete Pflichtverletzung angemessen ist, im Regelfall nicht durch eine Inhaltskontrolle beantworten. Denn die Angemessenheit einer disziplinarischen Maßnahme hängt normalerweise nicht nur von der Pflichtverletzung, sondern auch vom Grad des Verschuldens ab. Bei der AGB-Kontrolle spielt das Verschulden aber keine Rolle. Nur wenn die Betriebsbuße verschuldensunabhängig verhängt wird, reicht die Inhaltskontrolle zur Angemessenheitsprüfung aus.

Unternehmen bleiben. Entfernung aus dem Dienst gilt deshalb als eine Umbenennung der „Entfernung aus dem Dienst“ und wird in der Literatur und in der Praxis dem System der Betriebsbuße zugeordnet.

³²¹ XIE Zengyi, *Journal of Comparative Law* 1/2016, 1, 6; DING Jianan / ZHANG Qihua, *Social Science Front* 10/2013, 190, 193.

2. Angemessenheit der Arbeitspflichten

a. Prüfung durch Interessenabwägung

Zur Beurteilung der Angemessenheit der Arbeitspflichten ist zu prüfen, ob sie die Interessen der Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt. Dabei sollen zunächst die typischerweise bei einem solchen Arbeitsverhältnis tangierten Interessen der Vertragsparteien identifiziert werden. Dazu zählen alle rechtlich aner kennenswerten Interessen, unabhängig davon, ob sie in gesetzlichen Vorschriften geschützt werden oder nicht. Rechtlich schutzwürdig ist beispielsweise das Interesse des Arbeitnehmers an einer kurzen Anfahrt zur Arbeitsstätte und das Interesse an einer angemessenen Erwartung hinsichtlich der Zeitplanung. Anerkannt ist auch das Interesse des Arbeitgebers an seinem guten Ruf.³²²

Danach muss das Gericht analysieren, welche Interessen der Arbeitnehmer durch die Pflichten in der BAO beeinträchtigt werden und ob dies dem überwiegenden Interesse des Arbeitgebers entspricht. In diesem Zusammenhang ist z. B. eine Regelung mit einem komplizierten Verfahren für die Urlaubsanmeldung unzulässig, weil sie das Interesse des Arbeitnehmers an einer angemessenen Erwartung hinsichtlich der Zeitplanung schwer beeinträchtigt. Das Interesse des Arbeitgebers an dem Betriebsablauf überwiegt dies nicht. Abzuwägen ist beispielsweise auch der gute Ruf des Arbeitnehmers gegen die Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers. Nach einer gerichtlichen Entscheidung³²³ stellt die Kritik eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber sich als Pflichtverstoß dar. Die in den sozialen Medien veröffentlichte Kritik war ironisch gefärbt und lautete: Meine Arbeit ist so viel wert, wie der Verkauf von Drogen, während ich verdiene, als würde ich Chinakohl verkaufen. Der Arbeitgeber meint, es höre sich so an, als sei er ein schlechter, ausbeuterischer Arbeitgeber, was jedoch nicht der Wahrheit entspräche. Deshalb schädige der Ausdruck den Ruf des Unternehmens und sei als Pflichtverletzung einzuordnen. Dieser Ansicht schloss sich das Gericht ohne nähere Begründung an.

³²² ZHAO Xingmei vs. Beijing Hengshang, Urteil vom Beijing Xicheng Volksgericht am 22. 04. 2015. Akz. Nr. : (2015)西民初字第 06054 号.

³²³ ZHAO Xingmei vs. Beijing Hengshang.

Das ist meines Erachtens bedenklich. Richtig ist zwar, dass das Interesse des Arbeitgebers an der Verhinderung der Ruf- und Kreditschädigung schutzwürdig ist. Dieses Interesse überwiegt die Meinungsfreiheit jedoch nur dann, wenn die Mitteilungen des Arbeitnehmers zu einer konkreten Schädigung des Rufs führen. Eine einzelne kritische Äußerung kann jedoch nur dann rufschädigend sein, wenn diese wiederum Grund für eine Massenreaktion ist, die sich in einer Vielzahl kritischer Veröffentlichungen über das Unternehmen im Internet (sog. „shit storm“) niederschlägt. In diesem Fall ist die Beschwerde des Arbeitnehmers ein satirisches Sprichwort. Ein für die Satire typisches Stilmittel ist aber die Übertreibung. Im Regelfall kann aus einer solchen Äußerung nicht zwingend geschlossen werden, dass der Arbeitnehmer unter furchtbaren Arbeitsbedingungen arbeiten muss. Es besteht deshalb keine konkrete Gefahr der Rufschädigung. Deshalb ist die Verpflichtung, sich kritischer Äußerungen zu enthalten, unzulässig.

b. Wertungsgesichtspunkte der Angemessenheitskontrolle

Auch einzelne Wertungsgesichtspunkte, z. B. die Risikobeherrschung, können sich auf die Beurteilung der Angemessenheit von Arbeitspflichten Einfluss nehmen. Beispielhaft hierfür ist ein Fall³²⁴, wonach die Arbeitnehmer verpflichtet waren, keine illegalen Taxis bei der Hin- und Zurückfahrt zur Arbeitsstätte zu nehmen. Das Gericht hielt eine solche Regelung für unwirksam, weil es in die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers eingreift, die auch die Auswahl des Verkehrsmittels umfasst.³²⁵ Bei einer genaueren Betrachtung, ist das Risiko eines Arbeitsunfalls bei einer Fahrt mit illegalen Taxis höher. Die Gefahr, veraltete und nicht verkehrstaugliche Fahrzeuge zu benutzen ist höher, als bei legal operierenden Taxiunternehmen in China. Tritt die vorübergehende Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers wegen eines Arbeitsunfalls ein, muss der Arbeitgeber nach § 38 der Vorschriften über Unfallversicherung³²⁶ das Lohn für zwölf Monate fortzahlen. Somit steigt das Risiko körperlicher Schäden für

³²⁴ Zhang vs. KLT Suzhou, in: Kommunique des obersten Volksgerichts VR China, Heft 7/2014.

³²⁵ Zugestimmt von WANG Qian, ECUPJL Journal 4/2017, 116, 120.

³²⁶ § 38 der Vorschriften der Unfallversicherung schreibt vor, dass die Lohnfortzahlung für zwölf Monate durch den Arbeitgeber erfolgt, wenn die Arbeit beim Arbeitsunfall oder Berufskrankheiten wegen medizinischer Behandlungen unterbrochen werden muss.

den Arbeitnehmer und das Risiko von Vermögensschaden für den Arbeitgeber bei illegalen Taxifahrten. Unter dem Wertungsgesichtspunkt der „Risikobeherrschung“ käme es für die Angemessenheit einer solchen Pflicht darauf an, ob die Verwirklichung des Risikos eines Arbeitswegunfalls besser und kostengünstiger durch zumutbare Präventionsmaßnahmen der Arbeitnehmer verhindert werden kann. Eine mögliche Präventionsmaßnahme wäre die Bereitstellung von Arbeitsbusse, dessen Kosten aber im Regelfall höher wären, als die Kosten, die durch die Nutzung illegaler Taxis entstehen würden. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte könnte die Regelung auch einer Inhaltskontrolle standzuhalten.

a. Inhaltskontrolle bei verschuldensunabhängigen disziplinarischen Maßnahmen

- a. Kündigung wegen schwerwiegendes Verstoßes gegen die Regelung der BAO

Nach dem chinesischen Gesetz unterliegt die arbeitgeberseitige Kündigung strengen Beschränkungen. Der Arbeitgeber kann nur bei Vorliegen eines Grundes kündigen. Ein möglicher Grund für eine außerordentliche Kündigung ist ein schwerwiegender Verstoß gegen die Regelungen der BAO (§ 39 Nr. 2 ArbVG). Meistens sind Regelungen, welche die Pflichten des Arbeitnehmers konkretisieren, betroffen. In diesem Zusammenhang setzt die Kündigung eine schwerwiegende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers voraus.

Ob ein bestimmtes Verhalten als eine schwerwiegende Pflichtverletzung eingestuft werden soll, wird normalerweise auch in der BAO geregelt.³²⁷ Die Feststellung muss sich jedoch an den gleichen Maßstäben messen lassen, wie die übrigen Regelungen. Daher muss die Feststellung auch angemessen sein. Das bedeutet, dass die wesentlichen Interessen des Arbeitnehmers, vor allem das Interesse am Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses, nicht vollständig negiert werden dürfen. Die Beurteilung der Angemessenheit erfolgt durch eine Interessenabwägung, wobei die Einzelumstände des jeweiligen Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden sollen. Beispielsweise ist es für ein 5 Sterne Hotel zulässig, unhöfliche Handlungen und Äußerungen als

³²⁷ XIN Chunying/KAN Ke (Hrsg.), Auslegung des ArbVG, S. 138.

schwerwiegende Pflichtverletzung einzustufen.³²⁸ Dies liegt in dem Gedankengang begründet, dass ein erstklassiger Service als eines der Hauptleistungen des Hotels dem Kunden gegenüber erbracht wird und unhöfliche Handlungen diese primären Leistungspflichten des Hotels gegenüber dem Kunden verletzen. Zusätzlich birgt eine solche Handlungsweise des Personals einen Rufverlust für das Hotel, welches infolgedessen einen hohen wirtschaftlichen Schaden davontragen kann.

Im Gegensatz dazu vermag eine Regelung der Inhaltskontrolle nicht standhalten, die die Unhöflichkeit von einem Techniker als schwerwiegende Pflichtverletzung vorschreibt. Das ist der Erwägung geschuldet, dass ein Techniker in erster Linie technische Dienstleistungen bzw. Werkleistungen zu erbringen hat. Ob er dabei freundlich ist oder nicht, ist für den Kunden, der letztlich auf die technische Arbeit angewiesen ist und dessen Interesse sich regelmäßig (fast) ausschließlich hierauf konzentrieren wird, ohne Belang. Auch folgt, wenn überhaupt, nur eine zu vernachlässigende Gefahr einer Rufschädigung aus einem unfreundlichem Verhalten technischer Arbeitnehmer.

b. „Geldbuße“ (Entzug von Gehalt)

aa) Generelle Zulässigkeit der „Geldbuße“

Als eine disziplinarische Maßnahme war Geldbuße ausdrücklich in § § 12, 16 der Verordnung über Belohnung und Bestrafung der Angestellten geregelt. Demnach ist der Arbeitgeber berechtigt, unter bestimmten Voraussetzungen dem Arbeitnehmer eine Geldbuße bis 20% des Monatsgehalts zu verhängen. Obwohl die Verordnung 2008 aufgehoben wurde, ist Geldbuße im chinesischen Arbeitswelt noch verbreitet. Es fragt sich also, ob eine Regelung in BAO, die das Recht des Arbeitgebers von „Geldbuße“ besagt, überhaupt wirksam ist.

aaa) In der lokalen Gesetzgebung und Rechtsprechung

Die Beantwortung zur dieser Frage unterscheidet sich vom Provinz zu Provinz. Ein Teil der lokalen Regeln erkennt die Wirksamkeit solcher Regelung an. § 11 der Regeln über die Bezahlung des Gehalts (Im Folgenden: RBG) Beijing³²⁹

³²⁸ *LIU Wenhua*, China Labor, 9/2008, 6, 11,

³²⁹ Diese Regel wurde von Beijing Volksregierung am 23. 07. 2003 erlassen. Chinesisch: 北京市工资支付规定.

sieht beispielweise vor, dass der Arbeitgeber nach den Regelungen in BAO berechtigt ist, einen bestimmten Teil vom Gehalt des Arbeitnehmers abziehen. Ähnliches sieht auch § 19 RBG der Provinz Liaoning³³⁰ und § 12 Abs. 2 und 3 RBG der Provinz Jiangsu³³¹. Aufgrund dessen hält die Rechtsprechung in Beijing³³² und der Provinz Jiangsu³³³ eine Regelung über die „Geldbuße“ in der BAO für wirksam. Im Gegensatz dazu schreibt § 51 der „Verordnung über Aufsicht und Überprüfung der Arbeit (Guangdong)“³³⁴ vor, dass die Regelungen über die Geldbuße in der BAO unzulässig sind. Dementsprechend hielt die Rechtsprechung in Guangdong Provinz eine „Geldbuße“ für unwirksam.³³⁵

In Shanghai wird die Geldbuße nicht in den lokalen Regeln erwähnt. Dies führt zu uneinheitlichen Entscheidungen in Urteilen. Eine Regelung über Geldbuße in BAO wird vom Shanghai zweiten mittleren Volksgericht für zulässig erachtet.³³⁶ Begründet wird damit, dass die Geldbuße ein notwendiges Mittel für den Betriebsfrieden darstellt.³³⁷ Darum habe der Arbeitgeber die Freiheit, das Gehalt eines Arbeitnehmer zu kürzen, dessen Verhalten gegen die BAO verstößt und dadurch den Betriebsfrieden stört.³³⁸ Demgegenüber wird die Wirksamkeit einer solchen Regelung vom Shanghai ersten Mittelvolksgericht verneint.³³⁹ Als Begründung führt das Gericht an, dass aus den gesetzlichen Vorschriften kein Recht auf Geldbuße abgeleitet könne.³⁴⁰

³³⁰ Diese Regel wird von Liaoning Volksregierung am 02. 09. 2006 erlassen.

³³¹ Diese Regel wird von Jiangsu Volksregierung am 24. 10. 2004 erlassen und am 29. 10. 2010 zuletzt geändert.

³³² Vgl. Zheng vs. Etrol Beijing, Urteil vom Beijing ersten mittleren Volksgericht am 09. 26. 2015, Akz. Nr.: (2105) 一中民终字第 4723 号; Meng vs. Beijing Guoguang, Urteil vom Beijing ersten mittleren Volksgericht am 04. 12. 2014, Akz. Nr.: (2014) 一终民字第 10102 号.

³³³ Yang vs. Haiyang Chemical Fiber, Urteil vom Jiangsu Taizhou mittleren Volksgericht am 07. 11. 2014, Akz. Nr.: (2014) 泰中民终字第 00856 号.

³³⁴ Diese Rechtsnorm wurde vom ständigen Ausschuss des Guangdong Volkskongresses am 29.11.2012 erlassen und trat am 1.5.2013 ins Kraft.

³³⁵ Vgl. Chen vs. Haorun Supermarket, Urteil vom Dongguan mittleren Volksgericht am 30.09.2014, Akz. Nr.: (2014) 东中法民五终字第 1394 号; Xu vs. Zhaoqing Hexie GmbH, Urteil vom Dinghu Volksgericht, Zhaoqing, am 06.07.2016, Akz. Nr.: (2016) 粤 1203 民初字 79 号.

³³⁶ Hua vs. Yifeike GmbH, Urteil vom Shanghai zweiten mittleren Volksgericht am 22. 10. 2013, Akz. Nr.: (2013) 沪二中民三 (民) 终字第 910 号.

³³⁷ Hua vs. Yifeike GmbH.

³³⁸ Hua vs. Yifeike GmbH.

³³⁹ Li vs. Qiangfeng GmbH, Urteil vom Shanghai ersten mittleren Volksgericht am 21.07.2014, Akz. Nr.: (2014) 沪一中民三 (民) 终字第 650 号.

³⁴⁰ Li vs. Qiangfeng GmbH. Ähnliche Begründung für die Ablehnung der Geldbuße findet man auch in der Entscheidung: PAN Zhongyu VS. Zweite Sozialinstitute Chongqing

bbb) In der Literatur

Die Ablehnung der Geldbuße stützt sich vor allem darauf, dass die Geldbuße eine Art verwaltungsrechtlicher Sanktionen ist, die in das Eigentum des Bürgers eingreift. Gemäß den verwaltungsrechtlichen Vorschriften sind nur bestimmte Verwaltungsbehörden, Geldbuße gegen Adressaten zu verhängen.³⁴¹ Die Befürwortung lautete aber: Erstens, die Geldbuße im Arbeitsverhältnis ist mit der Geldbuße im Verwaltungsrecht nicht gleichbedeutend.³⁴² Zweitens handelt es sich bei der „Geldbuße“ eigentlich um die Preisminderung im Sinne des CVG. Gemäß dem CVG hat der Gläubiger einen Anspruch auf Preisminderung, wenn der Schuldner seine Pflicht nicht vertragsgemäß erfüllt.³⁴³ Drittens wird zur Bejahung der Wirksamkeit von Geldbuße auf ihre Warnfunktion verwiesen. Der Arbeitnehmer wird aufgrund eines finanziellen Verlust vor weiteren unerwünschten Verhalten abgeschreckt, sodass der Betriebsfrieden nicht gestört wird.³⁴⁴

ccc) Bewertung

Die Zulässigkeit der Geldbuße im Arbeitsverhältnis hängt nicht davon ab, ob es den verwaltungsrechtlichen Vorschriften entspricht oder nicht. Denn eine derartige „Geldbuße“ ist lediglich eine gewohnheitsmäßige Wortwahl und bedeutet nichts anders als „Gehaltsminderung“.³⁴⁵

Die Bejahung der Zulässigkeit, die auf einer Preisminderung im Sinnes des CVG beruht, ist jedoch unberechtigt. Die gesetzliche Grundlage für eine Preisminderung ist § 111 CVG³⁴⁶. Diese unberechtigte Ansicht verkennt, dass die Preisminderung nach § 111 S. 2 CVG voraussetzt, dass ein Schaden durch

³⁴¹ SHEN Tongxian, S. 122; LIU Jingjing, China Trial 5/2015.

³⁴² XIE Zengyi, Journal of Comparative Law, 1/2016, 1, 6.

³⁴³ XIE Zengyi, Journal of Comparative Law, 1/2016, 1, 8; DONG Wenjun, Contemporary Law Review 2010/3, 118, 122.

³⁴⁴ WANG Xiaokai/ XU Daowen, China Labor 4/2015, 58, 60.

³⁴⁵ XIE Zengyi, Journal of Comparative Law 1/2016, 1, 8.

³⁴⁶ § 111 Wenn die Qualität nicht dem Vereinbarten entspricht, wird entsprechend der Vereinbarung der Parteien für die Vertragsverletzung gehaftet. Wenn es dazu keine oder keine klare Vereinbarung gibt, und die Frage sich auch nach § 61 nicht klären lässt, kann die geschädigte Seite aufgrund der Haftung der anderen Seite für die Vertragsverletzung entsprechend der Art des Gegenstands und der Größe des Schadens eine vernünftige Wahl zwischen unter anderem Reparatur, Austausch, erneuter Herstellung, Wandlung und Minderung des Preises oder Entgelts treffen. Diese Vorschrift wird ab 01.01. 2021 vom § 582 ZGB ersetzt werden. Der Inhalt bleibt aber unverändert.

die Schlechtleistung entsteht.³⁴⁷ Findet diese Regelung eine Anwendung auf Arbeitsverträge, soll die Gehaltsminderung voraussetzen, dass der eingetretene Schaden auf Schlechtleistung des Arbeitnehmers zurückgeführt wird. Bei einer Betriebsbuße ist aber nicht der Fall. Denn eine verschuldensunabhängige Gehaltsminderung beruht lediglich auf der Verletzung einer konkreten Pflicht. Ob dabei ein Schaden eintritt, spielt keine Rolle. Eine Regelung in der BAO von einer Chemiefabrik sieht beispielweise vor, dass Rauch am Arbeitsstätte zur Gehaltsminderung um 200 Yen führt, auch wenn kein Schaden dadurch entsteht. Daraus folgt, dass die „Geldbuße“ (Gehaltsminderung) sich eigentlich als eine Abweichung von § 111 S. 2 CVG darstellt und mithin der Inhaltskontrolle unterliegt.

ddd) Inhaltskontrolle der „Geldbuße“

Im Rahmen der Inhaltskontrolle ist eine „Geldbuße“ unwirksam, wenn sie die Interessen des Arbeitnehmers unangemessen benachteiligt. Durch eine „Geldbuße“ wird der Arbeitnehmer finanziell belastet. Nur wenn diese Benachteiligung durch einen finanziellen Vorteil kompensiert, oder durch ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers überwogen wird, kann eine solche Regelung zur „Geldbuße“ gemäß § § 496, 497 ZGB wirksam sein. Eine Kompensation könnte vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer vom Ersatz des Schadens befreit, der durch seine Pflichtverletzung entsteht. In diesem Zusammenhang ist eine Regelung zur „Geldbuße“ zulässig, die eine Pflichtverletzung und den hierdurch entstehenden Schaden voraussetzt. Die Summe der Geldbuße darf aber nicht die Höhe des Schadens übersteigern.

Eine solche Regelung ist aber keine gängige Regelung in der Praxis. In den meisten umstrittenen Fällen sind unerwünschte Verhalten die einzige Voraussetzung für die Geldbuße, obwohl solche Verhalten regelmäßig keinen oder nur geringeren Schaden verursachen. Derartige Verhalten reichen von dem Nicht-Ausschalten der Lampe und Klimaanlage über verspätete Abgabe der wöchentlichen Zusammenfassung³⁴⁸ bis zur Verleumdung und zum

³⁴⁷ JIN Jing, The Jurist 2018/3, 169.

³⁴⁸ LIU Jingjing, China Trial 5/2015, 98.

körperlichen Angriff der anderen Mitarbeiter³⁴⁹. Daraus folgt, dass die Gehaltsminderung in BAO eine Verletzung der Nebenpflicht des Arbeitnehmers voraussetzt. Durch die Gehaltsminderung wird der Arbeitgeber nicht von seiner Nebenpflicht, sondern vom Teil seiner Hauptleistung, nämlich der Entgeltzahlungspflicht, befreit. Erbringt der Arbeitnehmer vertragsgemäß die Hauptleistung, ist die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung durch eine solche Befreiung gestört. In diesem Sinn ist eine Regelung über die „Geldbuße“ (Gehaltsminderung) wegen Verstoß gegen das Gerechtigkeitsprinzip gemäß § 496 ZGB unwirksam.

Ein möglicher Einwand könnte auf die Warnfunktion der „Geldbuße“ im Betrieb liegen. Indem der Arbeitnehmer aufgrund eines finanziellen Verlusts vor weiteren Fehlverhalten zurückgeschreckt wird, wird die Störung des Betriebsfriedens erfolgreich vermieden.³⁵⁰ Dieser Einwand ist jedoch nicht berechtigt. Zwar ist das Interesse des Arbeitgebers am Betriebsfrieden schutzwürdig, aber es ist fraglich, ob ein Fehlverhalten mit Hilfe einer Gehaltsminderung zu verhindern.³⁵¹ In vielen Fällen beruht das Fehlverhalten nicht nur auf individuellem Problem, sondern auch auf Organisations- oder Prozessproblemen. Zur Verhinderung des unerwünschten Verhaltens soll sich der Arbeitgeber in erste Linie darum bemühen, Prozesse zu optimieren und ein gutes Arbeitsklima zu schaffen. Selbst wenn das unerwünschte Verhalten ein individuelles Problem ist, könnte der Arbeitnehmer durch Abmahnung und Kündigung den anderen Mitarbeiter warnen. Daraus lässt sich ableiten, dass das Interesse des Arbeitgebers, Rechtsgüter und Betriebsfrieden durch Gehaltsminderung zu wahren, nicht schutzwürdig ist.

bb) Bestimmte Prämie als alternativer Lösungsansatz

Aufgrund der Kritik wird vorgeschlagen, die „Geldbuße“ durch eine nicht leistungsbezogene Prämie zu ersetzen.³⁵² Ein Beispiel dafür ist die Prämie für Anwesenheit. Die Prämie wird verringert, wenn der Arbeitnehmer innerhalb

³⁴⁹ Vgl. Feng vs. Lishui Wecome Electric, Urteil vom Lishui mittleren Volksgericht am 22.04.2014. Akz. Nr.: (2014) 浙丽民终字第 113 号.

³⁵⁰ Feng vs. Lishui Wecome Electric.

³⁵¹ FENG Yanjun, Arbeitsrecht, S. 149; LIU Jingjing, China Trial 5/2015, 98.

³⁵² DING Jianan / ZHANG Qihua, Social Science Front, 2013/10; WANG Xiaokai / XU Daowen, China Labor 2/2015, 58, 60.

eines Monats einige Tage abwesend ist. Die Höhe der einzelnen Verringerung bzw. die Gesamthöhe solcher Prämie müssen aber angemessen sein. Hierfür ist es empfehlenswert, die einschlägigen Regelungen im japanischen Recht zu Rate zu ziehen.³⁵³ Gemäß § 91 des Arbeitsstandardgesetzes (Japan) darf die Höhe der einzelnen Verringerung nicht 50% des Tageslohns übersteigen. Zugleich ist die zulässige Gesamthöhe solcher Prämie innerhalb einer Auszahlungsperiode am höchsten 10% der Höhe des Arbeitslohns für dieselbe Auszahlungsperiode.

c. Verwarnung und Verweis

Verwarnung und Verweis sind Ahndungen für geringfügige Pflichtverletzungen und bedeuten, dass der Arbeitgeber seine Beanstandungen vorbringt, indem er den Arbeitnehmer auf dessen vertragliche Pflichten hinweist, ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam macht, und ihn zugleich für die Zukunft zu einem Vertragstreuen Verhalten auffordert. Dem Arbeitgeber ist grundsätzlich erlaubt, die Verwarnung und den Verweis offenzulegen,³⁵⁴ sodass er die anderen Arbeitnehmer darauf hinweisen kann, dass das Verhalten des Arbeitnehmers gegen die Pflichten verstoßen und zur disziplinarischen Maßnahmen geführt hat. Die Offenlegung muss sich von der Verletzung der Menschenwürde abgrenzen.³⁵⁵ Ebenfalls darf eine Regelung in BAO nicht vorsieht, dass der Arbeitgeber die Einzelheiten im privaten Bereich des Arbeitnehmers offenlegen. Denn hier geht Privatsphäre des Arbeitnehmers vor, auch wenn sie mit seiner Pflichtverletzung verbunden sind.

IV. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, sowohl auf der Ebene der Rechtsdogmatik, als auch der Praxis, dass ein Ausgleich der Interessen, die die BAO betreffen, mit der Hilfe von Inhaltskontrolle erfolgen kann. Dies spiegelt sich insbesondere in der Anwendung der Inhaltskontrolle auf die Nebenpflichten des Arbeitnehmers und Betriebsbuße wider.

³⁵³ XIE Zengyi, *Journal of Comparative Law* 1/2016, 1, 8.

³⁵⁴ Andere Ansicht sieht in: XIE Zengyi, *Journal of Comparative Law*, 1/2016, 1, 7.

³⁵⁵ HUANG Ch'engkuan, *Taiwan: A Radical Quarterly in Social Studies* Vol. 8, 9, 13.

B. Klauseln bei Fortbildungskosten

Bietet der Arbeitgeber Fortbildungsmaßnahmen an und übernimmt er die Kosten der Fortbildung, wird häufig auf seine Veranlassung hin vereinbart, dass der Arbeitnehmer bei ihm für einen bestimmten Zeitraum verbleiben muss. Falls der Arbeitnehmer vor Ablauf einer solchen bestimmten Bindungsfrist kündigt, muss er die Fortbildungskosten zurückzahlen (in Deutschland) oder eine Vertragsstrafe zahlen (in China). Dabei geht das Interesse des Arbeitgebers darin, die Erträge seiner „Humankapitalinvestition“ zu sichern. Der Arbeitnehmer ist hingegen daran interessiert, dass seine Berufsfreiheit, in der Ausprägung des Rechts auf freie Wahl und Wechsel des Arbeitsplatzes nicht beschränkt wird. Solche Interessen werden sowohl in Deutschland³⁵⁶, als auch in China³⁵⁷ anerkannt. Dementsprechend zielt das Kontrollsystem hier darauf, solche Interessen im Einzelfall abzuwägen und Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen zu verteilen.

I. Überblick über Rechtskontrollsystem

1. Rechtskontrollsystem in Deutschland

In Deutschland finden sich keine direkten Regelungen zu Rückzahlungsvereinbarungen im Gesetz. Die Wirksamkeit einer vorformulierten Rückzahlungsvereinbarung beurteilt sich anhand der §§ 305-310 BGB. Eine solche Klausel ist gem. § 307 BGB unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer entgegen dem Gebote von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Die Beschränkung des Rechts auf freien Wechsel des Arbeitsplatzes durch eine Zurückzahlungsklausel wird als eine Benachteiligung eingeordnet.³⁵⁸

Die Überprüfung der Angemessenheit einer solchen Benachteiligung besteht aus drei Schritten. Zunächst muss geprüft werden, ob und inwieweit die Bildungsmaßnahme dem Arbeitnehmer einen beruflichen Vorteil bringen – ob und inwieweit durch die Fortbildung der Marktwert der Arbeitskraft erhöht wird.³⁵⁹ Danach setzt die Angemessenheit voraus, dass die betroffenen

³⁵⁶ Vgl. *Lakies*, S. 413; BAG 19. 02. 2004 – 6 AZR 552/02 – BAGE 109, 345.

³⁵⁷ *WEN Qinghong*, Human Resourcer Development of China 8/2008, 71, 73.

³⁵⁸ *Lakies*, S. 415; BAG NZA 2006, 1042; NZA 2003, 668.

³⁵⁹ BAG NZA 2012, 85, 89; NZA 2010, 342; NZA 2009, 666; NZA-RR 2008, 177; NZA 2006, 142.

Interessen des Arbeitgebers schutzwürdiger, als die Interessen des Arbeitnehmers beim Arbeitsplatzwechsel sind.³⁶⁰ Schließlich muss der Grad der Bindungsintensität zulasten des Arbeitnehmers geprüft werden, dessen Angemessenheit wiederum von Umfang und Dauer der Bildungsmaßnahme abhängt.³⁶¹

2. Rechtskontrollsystem in China

Anders als in Deutschland, werden die mit der Fortbildungsmaßnahme verbundenen Bindungsklauseln und Vertragsstrafen ausdrücklich in § 22 ArbVG geregelt. Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine spezielle Fortbildung anbietet und die Kosten hierfür übernimmt, darf er gemäß § 22 ArbVG mit dem Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer für einen bestimmten Zeitraum bei ihm verbleiben muss und eine Verletzung dieser Vereinbarung mit einer Vertragsstrafe belegen. Die Klauseln über eine Bindungsdauer und die Verhängung von Vertragsstrafen sind nur zulässig, wenn sie spezielle Fortbildungsmaßnahmen betreffen. Da solche Vereinbarungen regelmäßig vom Arbeitgeber vorformuliert werden, müssen sie der Inhaltskontrolle gemäß §§ 496, 497 ZGB unterliegen. Deshalb sind die Klauseln unwirksam, wenn sie gegen das Gerechtigkeitsgebot verstoßen und die Interessen des Arbeitnehmers in einer unangemessenen Weise benachteiligt.

II. Beschränkung auf spezielle Fortbildung

Aus den Rechtskontrollsystem folgt, dass die Rückzahlung der Fortbildungskosten oder die Vertragsstrafe nur bei bestimmten Fortbildungsmaßnahmen vereinbart werden darf. Dies gilt sowohl in Deutschland als auch in China. Nach dem deutschen Recht benachteiligt eine Rückzahlungsklausel den Arbeitnehmer unangemessen, wenn es sich bei den Bildungsmaßnahmen nur um einen Teil der Personalpolitik des Arbeitgebers handelt³⁶² und der Arbeitnehmer durch die Bildungsmaßnahme keinen beruflichen Vorteil erlangt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die durch die Bildungsmaßnahme vermittelte Qualifikation lediglich der Einarbeitung für

³⁶⁰ BAG NZA 2006, 1042; NZA 2003, 668.

³⁶¹ BAG NZA 1994, 835, 836; NZA 1994, 937, zu A III 2; NZA 2006, 524, 543 f..

³⁶² BAG NZA 2009, 435, 438.

einen bestimmten Arbeitsplatz³⁶³ oder der Anpassung der Kenntnisse an vom Arbeitgeber veranlasste konkrete Aufgaben dient³⁶⁴. Gemäß § 22 ArbVG VR China setzt die Zulässigkeit der Klausel über die Vertragsstrafe ebenfalls eine „spezielle Fortbildung“ voraus. Es ist also sinnvoll zu fragen, ob die Bildungsmaßnahme einer „spezieller Fortbildung“ im Sinne des § 22 ArbVG die gleiche Bedeutung wie im deutschen Recht hat.

1. Keine gesetzliche Definition

Der Begriff der „speziellen Fortbildung“ ist gesetzlich nicht definiert. Nach herrschender Meinung wird es als ein Gegenwort der „Berufsausbildung“ verstanden, wofür keine Regelungen zu Bindungsdauer und Vertragsstrafen vereinbart werden dürfen.³⁶⁵ Dies geht auf § 68 Arbeitsgesetz³⁶⁶ Chinas zurück, welches die Berufsausbildung als die gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers vorsieht. Dann ist zu fragen, wodurch sich die „spezielle Fortbildung“ von der „Berufsausbildung“ unterscheidet. In dem ersten Entwurf des ArbVG wurde die Grenze zwischen einer „speziellen Fortbildung“ und „anderer Ausbildungen“ bei der Höhe der Bildungskosten und der Bildungsdauer gezogen: Vertragsparteien dürfen nur bei speziellen Fortbildungen Regelungen über die Bindungsdauer des Arbeitsverhältnisses vereinbaren, wenn sie während der Fortbildung von der Arbeit freigestellt sind und die Fortbildungsdauer mehr als das 6 Monaten beträgt. Diesem Gesetzesentwurf zufolge sollte eine spezielle Fortbildung dann gegeben sein, wenn der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer einmalig oder innerhalb eines Jahr Fortbildungskosten aufbringt, die 50% des betriebsinternen durchschnittlichen jährlichen Arbeitsentgeltes übersteigen.³⁶⁷ Wegen der starren Kriterien haben

³⁶³ BAG 16. 1. 2003, 6 AZR 384/01.

³⁶⁴ BAG NZA 2003, 559; NZA 1995, 727; NZA 1992, 405.

³⁶⁵ Vgl. XIN Chunying/KAN ke (Hrsg.), Auslegung des ArbVG, S. 73. CHENG Xiaoyong / MENG Gaofei, People's Judicatur, 17/2014, 73, 74; XU Jianyu, China Labor, 6/2014, 12, 13; ZHOU Guoliang, YU Lijun, LI Hong, China Labor, 5/2013, 47; ZHAN Dongsheng, A Symposium on Economic Law Vol. 20, 171, 172; Ausgewählte Urteilen von Volksgerichten im Jahr 2010 (Vol. 2), S. 33.

³⁶⁶ Den Inhalt des § 68 Arbeitsgesetzes findet man im Anhang.

³⁶⁷ § 46 des Entwurfs der „Bestimmung über die Durchführung des ArbVG“. Diese Bestimmung wurde von damaligem Arbeits- und Sozialversicherungsministerium entworfen, aber nicht erlassen.

solche Vorschriften starke Kritik hervorgerufen. Demzufolge wurden sie in den späteren Entwürfen gestrichen.³⁶⁸

2. Abgrenzungskriterien in der Literatur

a. Diskussionsstand

In der chinesischen Rechtswissenschaft hat sich zunehmend ein Konsens darüber entwickelt, dass unter „spezielle Fortbildung“ die Fortbildung über spezielle fachliche Erkenntnisse und Fertigkeiten zu verstehen ist.³⁶⁹ Im Gegensatz hierzu vermittelt eine Berufsausbildung im Regelfall lediglich die Einführung in Arbeitsplätze und Arbeitsverfahren, die zur Einarbeitung für den Arbeitsplatz oder die für die praktische Anwendung notwendigen Kenntnisse.³⁷⁰

Eine Einigung über einen weitergehenden Kriterienkatalog für die Abgrenzung steht jedoch noch aus. *QIN Guorong* ist der Auffassung, dass der entscheidende Unterschied zwischen der speziellen Fortbildung und der Berufsbildung darin besteht, dass die Bildungsmaßnahme dem Arbeitnehmer einen Vorteil auf dem Arbeitsmarkt bringe.³⁷¹ Manche vertreten die Ansicht³⁷², das wichtigste Kriterium sei die Arbeitnehmergruppe.³⁷³ Während die Berufsbildung allen Arbeitnehmern eröffnet ist, wird die spezielle Fortbildung nur ausgewählten „ausgezeichneten“ Arbeitnehmern angeboten. *Cheng/Meng* vertreten die Ansicht, dass für die Feststellung einer speziellen Fortbildung eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen sei.³⁷⁴ Dabei seien folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: 1) Anerkennung als spezielle Fortbildungsmaßnahme durch Arbeitnehmer. Die Wertung der Arbeitnehmer über die Bildungsmaßnahmen sollen für die rechtliche Einordnung, ob spezielle

³⁶⁸ http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/zt/2007-08/14/content_374711.htm.

³⁶⁹ *XIN Chunying/KAN ke (Hrsg.)*, S. 73; *CHENG Xiaoyong / MENG Gaofei*, People's Judicatur, 17/2014, 73, 74; *XU Jianyu*, China Labor, 6/2014, 12, 13; *ZHOU Guoliang, YU Lijun, LI Hong*, China Labor, 05/2013, 47; *ZHAN Dongsheng*, A Symposium on Economic Law Vol. 171, 172; *QIN Guorong*, Science of Law 6/2009, 113, 115; Ausgewählte Urteilen von Volksgerichten im Jahr 2010 (Vol. 2), S. 33.

³⁷⁰ *XIN Chunying/KAN ke (Hrsg.)*, Auslegung des ArbVG, S. 74.

³⁷¹ *QIN Guorong*, Science of Law 6/2009, 113, 115.

³⁷² *CHENG, Xiaoyong/MENG Gaofei*, People's Judicatur, 17/2014, 73, 74; *XU Jianyu*, China Labor, 6/2014, 12, 13; *ZHOU Guoliang, YU Lijun, LI Hong*, China Labor, 5/2013, 47.

³⁷³ Dieser Ansicht wird von einem Teil der Urteile gefolgt. Ein Beispiel dafür findet man im Urteil für den Fall „He vs. Tianjing Minliu Software GmbH“, Urteil vom Tianjin ersten mittleren Volksgericht am 7. 12. 2018, Akz. Nr.: (2018)津 01 民终 9039 号.

³⁷⁴ *CHENG, Xiaoyong / MENG Gaofei*, People's Judicatur, 17/2014, 73, 74.

Fortbildungsmaßnahmen vorliegen, maßgeblich sein. 2) Umfang und Dauer der Bildungsmaßnahmen. Je länger eine von der Arbeit freigestellte Bildungsmaßnahme andauert, desto stärker wiegt die Vermutung, dass es sich um eine spezielle Fortbildung handele. 3) Die Arbeitnehmergruppe, welchen die Bildungsmaßnahmen angeboten werden. Die in Frage stehenden Bildung werde nicht als spezielle Fortbildung klassifiziert, die allen Arbeitnehmer angeboten werden. 4) Beruflicher Vorteil. Wird der Arbeitnehmer wegen der Bildungsmaßnahmen befördert oder erhöht sich das Gehalt des Arbeitnehmers, sollen die Bildungsmaßnahmen als spezielle Fortbildungsmaßnahmen angesehen werden.³⁷⁵

b. Bewertung

Das subjektive Empfinden des Arbeitnehmers, ob er durch eine Fortbildungsmaßnahme bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten erlangt hat, sollte keine Rolle spielen. Vielmehr ist ein objektiver Maßstab vonnöten. Die spezielle Fortbildung zielt auf die Vermittlung spezieller Kenntnisse und Fähigkeiten ab, welche mit objektiven Maßstäben messbar sind. Deshalb kann das Kriterium „Anerkennung durch Arbeitnehmer“ nicht richtig sein. Gleiches gilt ebenfalls für das Kriterium der „Dauer der Bildungsmaßnahme“, weil spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten auch kurzfristig erworben werden können.

Das Kriterium „betroffene Arbeitnehmergruppe“ wird von dem Kriterium des „beruflichen Vorteils“ gedeckt. Werden die Bildungsmaßnahmen lediglich einem ausgewählten kleinen Teil der Arbeitnehmer innerhalb des Betriebes angeboten, kann dies dazu führen, dass dieser Teil der Arbeitnehmer für das Unternehmen unersetzlich wird und auf dem Arbeitsmarkt gegenüber anderen Arbeitnehmer im Vorteil ist. In diesem Sinne erlangt dieser Teil tatsächlich einen geldwerten Vorteil. Hingegen bringt eine Berufsausbildung im Sinne des § 18 Arbeitsgesetzes keinen komparativen Vorteil, weil diese Möglichkeit grundsätzlich allen Arbeitnehmer eröffnet ist. Allerdings können Bildungsmaßnahmen, die potentiell allen Arbeitnehmern mit vergleichbaren Vorkenntnissen offenstehen, dem jeweiligen Arbeitnehmer einen geldwerten Vorteil bringen. Ein Beispiel dafür ist die Fortbildung für Piloten. Fluglinien

³⁷⁵ CHENG, Xiaoyong / MENG Gaofei, People's Judicatur, 17/2014, 73, 74.

bieten normalerweise allen Piloten Bildungsprogramme an, mit welchen sie eine Flug-Lizenz einer höheren Stufe erwerben können. Mit einer solchen Lizenz erhalten die Piloten eine bessere Verhandlungsposition, etwa bei Gehaltsverhandlungen mit dem Arbeitgeber. In diesem Zusammenhang ist zu empfehlen, dass ein beruflicher Vorteil als das entscheidende Kriterium für das Vorliegen einer speziellen Fortbildung anzusehen ist. Ein beruflicher Vorteil liegt insbesondere vor, wenn der Arbeitnehmer durch die Bildungsmaßnahmen eine Qualifikation erhält, die ihm neue berufliche Möglichkeiten eröffnet, die ihm zuvor verschlossen waren.

3. In der jüngeren Rechtsprechung

Die Tendenz in der jüngeren Rechtsprechung geht auch dahin, das Vorliegen einer speziellen Fortbildung zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer durch die Bildungsmaßnahme einen beruflichen Vorteil erlangt. In der bisherigen Rechtsprechung werden die Bildungsprogramme für Piloten mit der Begründung als spezielle Fortbildung anerkannt, dass der Arbeitnehmer durch Bildungsprogramme eine Qualifikation erhält, die ihm auf dem Arbeitsmarkt von der zivilen Luftfahrt neue berufliche Möglichkeiten (als professionelle Pilote) eröffnet, die ihm zuvor verschlossen waren.³⁷⁶

Ähnliche Begründungen finden sich auch in anderen Urteilen.³⁷⁷ Im Fall „Zhou vs. Jianyang Volkskrankhaus“ wird die Bejahung einer speziellen Fortbildung damit begründet, dass Frau Zhou durch die Bildungsmaßnahmen bei einem Krankenhaus, deren Kosten von ihrem Arbeitgeber bezahlt wurde, eine Qualifikation erhält, die ihr eine höhere Stelle bei ihrem jetzigen Arbeitgeber bzw. eine höhere Arbeitsvergütung ermöglicht. In der Entscheidung vom Fall „WANG Chenyong vs. China Agriculture Bank (Tianjin)“³⁷⁸ betont das Gericht

³⁷⁶ Vgl. Zhang vs. Gulfstream Gmbh, Urteil vom Beijing dritten mittleren Volksgericht am 01. 03. 2019, Akz. Nr. : (2019)京 03 民终 2846 号; Li vs. Airchina, Urteil vom Chengdu mittleren Volksgericht am 20. 12. 2018, Akz. Nr.: (2018) 川 01 民终 16349 号; Sun vs. Beijing Capital Airlines, Urteil vom Beijing dritten mittleren Volksgericht am 06. 04. 2016, Akz. Nr.: (2016) 京 03 民终 578 号.

³⁷⁷ Vgl. Zhou vs. Jianyang Volkskrankenhaus, Urteil vom Chengdu mittleren Volksgericht am 19. 07. 2019, Akz. Nr.: (2019) 川 01 民终 8610 号; Jiang vs. Huawei Gmbh, Urteil vom Changzhou mittleren Volksgericht am 15. 07. 2019, Akz. Nr.: (2019) 苏 04 民终 2139 号.

³⁷⁸ Seit Juni 2015 war der Kläger (Wang Chengyong) bei der Beklagten (China Agriculture Bank, Tianjin) beschäftigt. Vom 6. 7. bis 31. 07. 2015 nahm der Klagte als „Freshman“ an einer Ausbildung teil, die von der Beklagten angeboten wurde. Zu der Ausbildung gehörte die Vorstellung der Arbeitsplätze, des Gehaltssystems und einer betriebsinternen Regelung,

ebenfalls, die durch eine spezielle Fortbildung vermittelte Qualifikation solle eine Voraussetzung für die Eingruppierung in die gehobenen Arbeitsstellen und die Vergütungsgruppe sein.³⁷⁹ Daraus kann man schließen, dass dem Kriterium „beruflicher Vorteil“ in der Rechtsprechung das meiste Gewicht zugesprochen wird.

Dies zeichnet sich ebenfalls in der Entscheidungsbegründung für die Ablehnung einer speziellen Fortbildung ab. Ähnlich wie in Deutschland, scheidet die reine Einarbeitung für einen bestimmten Arbeitsplatz³⁸⁰ und die reine Wissensauffrischung aus, weil sie den Arbeitnehmern keinen geldwerten Vorteil bringen. Dies veranschaulicht insbesondere das Urteil des Falls „WANG Chenyong vs. China Agriculture Bank (Tianjin)“:

„Die Bildungsmaßnahmen in dem vorliegenden Fall, z. B. die Vorstellung der Arbeitsplätze und betriebsinternen Regelungen, die Einführung in den Finanzmarkt und die Einleitung in die Rituale am Arbeitsplatz, zielen lediglich auf die Einarbeitung für bestimmte Arbeitsplätze in der Bank ab. Im Gegensatz dazu soll die durch eine spezielle Fortbildung vermittelte Qualifikation eine Voraussetzung für die Eingruppierung in gehobene Arbeitsstellen und eine gehobene Vergütungsgruppe sein. Diesen Anforderungen genügt die in Rede stehende Ausbildung aber nicht.“

Zu beachten ist, dass im Fall „Hu Yong vs. Xi'an Textile Service“³⁸¹ „das Vorliegen einer speziellen Fortbildung mit der Begründung abgelehnt wurde,

welche die Einführung in den Finanzmarkt, die Einleitung in die Rituale am Arbeitsplatz und das Kassieren usw. beinhaltete. In dem Arbeitsvertrag wurde vereinbart, dass der Kläger dem Beklagten zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet ist, wenn er einseitig aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb der Bindungsfrist ausscheidet. Demnach hat die Beklagte 7924 Yuan als Vertragsstrafe vom Arbeitsentgelt des Klägers abgezogen, nachdem der Kläger gekündigt hat. Der Kläger verklagte die Beklagte auf die Rückzahlung von 7924 Yuan. Er hat die Auffassung vertreten, die oben erwähnte berufliche Bildung sei keine spezielle Fortbildung im Sinne von § 22 ArbVG. Das Tianjin Heping Gericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen, und die Beklagte zur Rückzahlung von 7924 Yuan verurteilt.

³⁷⁹ Wang vs. China Agriculture Bank (Tianjin), Urteil vom Tianjin ersten mittleren Volksgericht am 6. 3. 2017, Akz. Nr.: (2017) 津 01 民终 1529 号; Gefolgt von der Entscheidung für den Fall „Liu vs. Hebei Bank“, Urteil vom Shijiazhuang mittleren Volksgericht am 30.7.2019, Akz. Nr.: (2019)冀 01 民终 8742 号.

³⁸⁰ Vgl. BAG 16. 1. 2003, 6 AZR 384/01.

³⁸¹ Akz. Nr.: (2017) 陕 01 民终 2768 号. Der Beklagte (Hu Yong) war seit 2008 bei Shanxi Tanghua GmbH beschäftigt. Wegen eines Betriebsübergangs trat die Klägerin (Xi'an Textile Service GmbH) 2011 in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein. Im März 2012 verständigten sich die Parteien darauf, dass der Beklagte vom April 2012 bis März 2014 eine Weiterbildung machen und nach der Beendigung der Weiterbildung für die Klägerin mindestens

bei der Weiterbildung gehe es um einen Teil des Personalumbaus beim Betriebsübergang, was nicht der speziellen Fortbildung zugeordnet werden könne.³⁸²

III. Inhaltskontrolle der Klausel über die Vertragsstrafe bei spezieller Fortbildung – unter besonderer Rücksicht auf der deutschen Rechtsprechung

1. Prüfungsablauf

Wie oben erwähnt, unterscheidet sich die spezielle Fortbildung von der Berufsbildung dadurch, dass der Arbeitnehmer durch die spezielle Fortbildung einen beruflichen Vorteil erlangt. Bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Klausel, die Vertragsstrafe bei spezieller Fortbildung vorsieht, wird also zunächst geprüft, ob die Bildungsmaßnahme dem Arbeitnehmer einen beruflichen Vorteil bringt. Schreibt eine Klausel eine Vertragsstrafe mit Berufsbildung vor, ist sie wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht (§ 18, Arbeitsvertragsgesetzes) unwirksam. Die Inhaltskontrolle wird also nicht eröffnet.

Im Rahmen der Inhaltskontrolle sollen alle schutzwürdigen Rechte von Arbeitnehmern und Arbeitgebern festgestellt werden. Generell besteht das Interesse des Arbeitnehmers in die Beweglichkeit auf dem Arbeitsmarkt.³⁸³ Demgegenüber hat der Arbeitgeber ein Interesse, von seinen Investitionen in die speziellen Fortbildungsmaßnahmen profitieren zu können.³⁸⁴ Im konkreten Fall ist der Arbeitnehmer daran interessiert, sich nach der Beendigung des

3 Jahre arbeiten soll. Die Weiterbildung zielte darauf ab, es dem Beklagten sich an seinem neuen Arbeitsplatz gut zurechtzufinden. Später haben die Vertragsparteien zweimal die Verlängerung der Weiterbildung vereinbart. Da der Beklagte nach der Beendigung der Weiterbildung die Arbeit kündigte, verklagte ihn die Klägerin auf Zahlung der Vertragsstrafe.

³⁸² Eine ähnliche Begründung ist im Fall „ZHANG Xinchao vs. Weiyuankuangye“. Akz. Nr. (2016) 冀民终 2768 号 zu beobachten. Vom 07. 2011 bis 2014 arbeitete der Beklagte (ZHANG Xinchao) als Bergmann bei der Klägerin. Der Unternehmensgegenstand der Klägerin wurde 2014 von Bergbau in Zersprengung gewechselt. Später veranlasste die Klägerin, dass der Beklagte an einer Ausbildung teilnahm, sodass er als Sprengmeister weiterhin bei der Klägerin arbeiten konnte. Die Ausbildungskosten wurden am 03. 07. 2015 von der Klägerin erstattet. Nachdem der Beklagte den Arbeitsvertrag kündigte, verlangte die Klägerin von dem Beklagten die Zahlung der Vertragsstrafe. Die Vereinbarung über die Vertragsstrafen hielt das Chengde mittlere Volksgericht für nichtig. Die Begründung liegt darin, die Ausbildung sei ein Teil der Umformulierung der Klägerin und zähle nicht mehr zu der speziellen Fortbildung.

³⁸³ CAI Jiheng, in: LIN Jia (Hrsg.), S. 103, 104.

³⁸⁴ LI Jianfei /LI Minhua, Journal of Henan Administrative Institute of Politics and Law 2/2009, 98 ff. DONG Baohua, Journal of Law Application 4/2008, 28, 33.

Arbeitsvertrags von finanziellen Folgelasten zu befreien. Gleichzeitig ist der Arbeitgeber daran interessiert, den finanziellen Aufwand für die Fortbildung durch die Zahlung der Vertragsstrafe auszugleichen. Danach werden alle Interessen und Belastungen je nach Einzelfall abgewogen. Konkret gesagt wird es geprüft, ob die Bindungsdauer des Arbeitsvertrags durch den beruflichen Vorteil kompensiert wird, und ob die Höhe der Vertragsstrafe in einem angemessenen Verhältnis zu der Höhe der Fortbildungskosten bzw. der Schaden des Arbeitgebers steht.

2. Die Interessenabwägung im Einzelnen

a. Bindungsdauer

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Vertragsstrafe spielt die Bindungsdauer eine wichtige Rolle. Die Frage, ob die Bindungsdauer noch angemessen ist, hat die Rechtsprechung in zahlreichen Einzelfällen offengelassen. Ein wichtiger Grund dafür liegt darin, dass bislang kein gefestigter Maßstab entwickelt wurde, mit welchem rechtssicher die Angemessenheit der Bindungsdauer beurteilt werden kann.

Manche sind der Auffassung, dass sich die Bindungsdauer nach den Vorschriften eines amtlichen Schreibens³⁸⁵ richten soll, welches 1995 vom damaligem Arbeitsministerium erlassen wurde.³⁸⁶ Demnach soll die Bindungsdauer prinzipiell höchstens 5 Jahre betragen, wenn diese nicht von den Vertragsparteien individuell vereinbart wurde.³⁸⁷ Seit längerem stößt diese Ansicht auf Kritik, weil dabei die Umstände des Einzelfalls überhaupt nicht berücksichtigt werden.³⁸⁸

Für die Frage, wie eine für den Arbeitnehmer tragbare Bindung zu ermitteln ist, ist es sinnvoll, die in Rede stehende Regel im deutschen Recht zu betrachten. Nach der Rechtsprechung des BAG sind Bindungen „auf Grund einer Güter- und Interessenabwägung nach Maßgabe des

³⁸⁵ „Antworten auf die Rechtsgrundlage für die Kündigung des Arbeitsvertrags innerhalb der Probezeit“ wurde 1995 vom damaligen Arbeitsministerium erlassen und ist bis heute noch gültig.

³⁸⁶ ZHOU Guoliang, YU Lijun, LI Hong, China Labor, 5/2013, 47.

³⁸⁷ Unterstützt von WANG Quanxing, Arbeitsrecht, S. 158; WEN Qinghong, Human Resources Development of China 8/2008.

³⁸⁸ CHENG, Xiaoyong / MENG Gaofei, People's Judicature, 17/2014, 73, 75; FENG Yanjun / WANG Tianyu, Contemporary Law Review 2009/4, 82, 88; ZHAN Dongsheng, A Symposium on Economic Law Vol. 20, 171, 183.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln³⁸⁹. Die Abwägung orientiert sich insbesondere daran, ob und inwieweit der Arbeitnehmer mit der Fortbildung einen geldwerten Vorteil erlangt, wofür die Fortbildungsdauer ein starkes Indiz ist. Je größer der geldwerte Vorteil ist, desto länger darf die Bindungsdauer sein.³⁹⁰

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann auf die Bindungsdauer im Rahmen der chinesischen Inhaltskontrolle ohne weiteres übertragen werden. Die Bindungsdauer und der geldwerte Vorteil sollen also in einem rationalen Verhältnis zueinanderstehen. Anders als in Deutschland, stellt die Fortbildungsdauer in der chinesischen Literatur allenfalls ein Indiz für das Vorliegen eines geldwerten Vorteiles dar. Es wird vorgeschlagen, dass die Bindungsdauer und die Höhe der Gesamtaufwendungen bzw. die Fortbildungsdauer in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen.³⁹¹ Dem ist zuzustimmen. Denn selbst bei demselben Arbeitgeber unterscheiden sich die Kosten für Fortbildungsmaßnahmen, deren Dauer gleich sind, mitunter sehr stark. In einer Rechtsanwaltskanzlei könnte der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer sowohl einen vierwöchigen Kurs im Inland, aber auch einen mehrwöchigen Kurs im Ausland finanzieren. Die Differenz des Preises zwischen den zwei Kursen dürfte regelmäßig recht groß sein. Die den Arbeitnehmern hierdurch jeweils entstehenden geldwerten Vorteile sind nicht miteinander unvergleichbar. Aus diesem Grund ist die Gesamtaufwendung für die Fortbildungsmaßnahmen am ehesten geeignet, als Indiz für den geldwerten Vorteil zu fungieren.

Ein weiteres wichtiges Indiz für den geldwerten Vorteil, welcher bei der Abwägung berücksichtigt werden soll, ist auch die sich erhöhende Arbeitsvergütung des Arbeitnehmers infolge der durchgeführten Fortbildungsmaßnahme. Somit ist zu prüfen, ob die Bindungsdauer als Nachteil durch den geldwerten Vorteil einer höheren Vergütung kompensiert wird. Erhält der Arbeitnehmer nach der speziellen Fortbildung keine bessere Vergütung,

³⁸⁹ BAG DB 2003, 887.

³⁹⁰ BAG NZA 2012, 85, 89; NZA 2010, 342, 344; NZA 2009, 666, 668.

³⁹¹ HAN Guijun, Law-based Society 3/2016; CHENG Xiaoyong /MENG Gaofei, People's Judicatur, 17/2014, 73, 75; FENG Yanjun / WANG Tianyu, Contemporary Law Review 4/2009, 82, 87.

dann ist sein Vorteil nicht groß (oder zumindest nicht quantifizierbar). Eine lange Bindung dürfte umso eher zulässig sein, je stärker sich die Vergütung danach erhöht. In diesem Zusammenhang sind *Feng/Wang* der Auffassung³⁹², dass sich die Bindungsdauer nach der Höhe der Gesamtaufwendungen und der Arbeitsvergütung richten soll. Deren Gedankengang wird letztlich auf den Quotienten runtergebrochen. Dieser setzt sich zusammen aus der Höhe der Kosten (als Divisor) und der Höhe der Arbeitsvergütung (als Dividend). Z. B.: Beahlt der Arbeitgeber 20,000 Yuan für die spezielle Fortbildung und beträgt die Monatsvergütung des Arbeitnehmers 5,000 Yuan, kommt eine Bindungsdauer von vier Monaten in Betracht. Es bleibt jedoch zweifelhaft, ob diese Orientierung geeignet für eine sachgemäße Beurteilung ist. Aber es ist zumindest zuzustimmen, dass die Bindungsdauer und die Höhe der Gesamtaufwendungen bzw. die Arbeitsvergütung zueinander in einem angemessenen Verhältnis stehen sollen.

Zusammengefasst hängt die Angemessenheit der Bindungsdauer davon ab, ob die Bindungsdauer in einem angemessenen Verhältnis mit den Gesamtaufwendungen der Fortbildung und der Höhe der Arbeitsvergütung steht.

b. Höhe der Vertragsstrafe

aa) Gesetzliche Regelung

Nach § 22 S. 2 ArbVG ist der Betrag der Vertragsstrafe auf den Betrag begrenzt, den der Arbeitgeber tatsächlich für die Fortbildung aufgewendet hat. Dazu zählen nicht nur die Kosten für die Fortbildungsmaßnahme, sondern auch für die Hin- und Rückfahrt und die Unterbringung.³⁹³ Ausgeschlossen ist aber der Arbeitslohn während der speziellen Fortbildung.³⁹⁴ Den tatsächlichen Schaden des Arbeitgebers, der durch die Kündigung des Arbeitnehmers verursacht wird, kann der Arbeitgeber nur gemäß § 90 ArbVG Schadenersatz verlangen.

³⁹² *FENG Yanjun / WANG Tianyu*, Contemporary Law Review 4/2009, 82, 98.

³⁹³ *CHENG Xiaoyong / MENG Gaofei*, People's Judicatur, 17/2014, 73, 75

³⁹⁴ *CHENG Xiaoyong / MENG Gaofei*, People's Judicatur, 17/2014, 73, 75

bb) Diskussionsstand

Das Ziehen dieser Grenze ist stark umstritten. Die Befürworter gehen vom Vorliegen einer Besonderheit des Arbeitsrechts aus, welche eine Abweichung von den Regeln des allgemeinen Zivilrechts rechtfertigt. Im Rahmen des chinesischen Zivilrechts sollen zwei Funktionen mit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe erfüllt werden: Es soll auf den Schuldner ein zusätzlicher Druck zur vertragsgemäßen Erfüllung seiner Leistungspflicht ausgeübt werden (strafende Funktion)³⁹⁵, und im Falle der Leistungsstörung soll der sonst vom Gläubiger zu führende Schadensbeweis entfallen (entschädigende Funktion). Um die strafende Funktion zu erfüllen, ist es zulässig, dass die Höhe der Vertragsstrafe den tatsächlichen Schaden übersteigt. Im Bereich des Arbeitsrechts soll die strafende Funktion der Vertragsstrafe jedoch völlig verboten sein.³⁹⁶ Ansonsten würde der Arbeitgeber aufgrund seiner größeren Verhandlungsmacht eine Vertragsstrafe in einer solchen Höhe bestimmen, die für den Arbeitnehmer existenzbedrohend und damit unzumutbar wäre. Dies würde in der Konsequenz die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers zu stark beeinträchtigen.³⁹⁷ Dieses Argument ist jedoch leicht zu widerlegen. Liegt die Vertragsstrafe im Sinne von § 22 ArbVG die entschädigende Funktion zugrunde, soll der Schaden des Arbeitgebers bei der vorzeitigen Kündigung durch die Vertragsstrafe abgesichert werden. In diesem Fall soll sich die Höhe der Vertragsstrafe nicht nach dem entsprechenden Anteil der Fortbildungskosten richten. Denn wenn der Arbeitgeber bei der vorzeitigen Kündigung höchstens die Fortbildungskosten zurückverlangen kann, handelt es sich nicht mehr um eine Vertragsstrafe, sondern nur um eine Rückzahlung der Kosten.

Im Gegensatz dazu sind manche Juristen der Auffassung, bei der speziellen Fortbildung solle die Vertragsstrafe der strafenden Funktion dienen.³⁹⁸

³⁹⁵ Vgl. WANG Liming (Hrsg.), *Forschung über Zivil- und Handelsrecht*, S. 517.

³⁹⁶ CAI Jiheng, in: LIN Jia (Hrsg.), S. 103, 104; XU Zhihua/ ZHANG Hui, in: *Sammlung der Beiträge für die Jahrestagung 2005 des China's Arbeitsrecht Vereins*, S. 380; LIN Jia/ YANG Fei, in: LIN Jia (Hrsg.), *Kommentar zum Arbeitsrecht*, S. 54. Kritik sieht man in: DONG, Baohua, *Journal of Law Application* 4/2008, 28, 30.

³⁹⁷ CAI Jiheng, in: LIN Jia (Hrsg.), S. 103, 104; CHENG Manli/WANG Quanxing, *China Labor* 2/2006, 34, 37.

³⁹⁸ DONG Baohua, *Journal of Law Application* 4/2008, 28, 33; ZHAN Dongsheng, *A Symposium on Economic Law Vol. 20*, 171, 184.

Gemeint ist damit, dass eine Vertragsstrafe grundsätzlich wirksam ist, wenn die zu zahlende Geldsumme die Fortbildungskosten bzw. den tatsächlichen Schaden übersteigt. Dieses Argument stützt sich auf das Ziel zum Schutz der Investition. Erst wenn sich der Arbeitnehmer bzw. „der neue Arbeitgeber“ dem Druck aussetzt, besonders hohe Investitionen zu tätigen, können die Unternehmen gehindert werden, Fachleute aus anderen Unternehmen mit niedrigen Preis „einzukaufen“. In dieser Situation ist das Interesse des Arbeitgebers schutzwürdiger als das Interesse des Arbeitnehmers an einem Arbeitsplatzwechsel und einer damit einhergehenden geringen finanziellen Belastung.

cc) Alternative Möglichkeit mit Rücksicht auf das deutsche Recht

Die Gegenmeinung ist teilweise zuzustimmen. Da § 22 ArbVG auf die Gewährleistung des Investitionsmotives des Arbeitgebers zielt, überwiegt das Interesse des Arbeitgebers an der Erleichterung von Schadenersatz. Bei der vorzeitigen Kündigung entsteht nicht nur der Verlust von einem Anteil der Fortbildungskosten, sondern auch tatsächliche Schaden des Arbeitgebers.³⁹⁹ Zu beachten ist allerdings, dass ein Schaden des Arbeitgebers nur davon entstanden ist, wenn der Arbeitnehmer fristlos das Arbeitsverhältnis vor dem Ablauf der Bindungsfrist kündigt. Kündigt der Arbeitnehmer gemäß § 37 ArbVG aber mit einer Frist von 30 Tagen, kann der Arbeitnehmer nicht Schaden verlangen. In diesem Zusammenhang verhindert die Grenze von der Höhe der Vertragsstrafe die Erreichung des Ziels des § 22 ArbVG. Zwar gestattet § 90 ArbVG dem Arbeitgeber die Möglichkeit, bei ohne Einhaltung der Kündigungsfrist den Schadenersatz zu verlangen. Aber der Arbeitgeber hat Schwierigkeiten, den Schaden zu beziffern. Könnte der Schaden bei dem Vertragsbruch nicht von der Vertragsstrafe gedeckt werden, müsste der Arbeitgeber das Risiko des Verlustes tragen. In diesem Fall würden die Unternehmen nicht mehr in die Fortbildung eigener Arbeitnehmer investieren, wenn die dabei entstehenden rechtlichen Risiken sich vermehren würden.

In Deutschland kann der Arbeitgeber solches Risiko vermeiden, indem er mit dem Arbeitnehmer eine Klausel über Zurückzahlung der Kosten, und

³⁹⁹ DONG Baohua, Exploration and Free Views 4/2016, 10, 11.

gleichzeitig eine über Vertragsstrafe vereinbart. Denn nach der überwiegenden Meinung ist es im deutschen Recht zulässig, eine Vertragsstrafe mit der Höhe von einem monatlichen Bruttolohn, vor allem bei nicht Einhaltung der Kündigungsfrist, zu vereinbaren.⁴⁰⁰ Nach dem chinesischen Arbeitsrecht ist es aber unmöglich, weil die Vertragsstrafe nur in Zwei Fällen (spezielle Fortbildung und Wettbewerbsverbot) zulässig ist. Um das Problem zu lösen, ist es zu empfehlen, die Vertragsstrafe nach dem Vorbild des deutschen Rechts auf Nicht-Einhaltung der Kündigungsfrist zu erweitern. Zumindest bei dem Fall der speziellen Fortbildung soll es zulässig sein, dass sowohl die anteiligen Fortbildungskosten, als auch der mögliche Schaden des Arbeitgebers, dessen Höhe auf einen monatlichen Bruttolohn begrenzt werden könnte, von der Vertragsstrafe gedeckt werden.

C. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit Vertragsstrafe

I. Ausgangspunkt

1. Die gesetzliche Ausgangslage in China

Um den Konkurrenzvorteil des Arbeitgebers zu wahren, beinhalten Arbeitsverträge oder gesonderte Vereinbarungen nicht selten ein sog. nachvertragliches Wettbewerbsverbot. Demnach muss der Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses es unterlassen in Wettbewerb mit dem Arbeitgeber zu treten, unabhängig von der Anstellungsform. Das Wettbewerbsverbot wird mit Vertragsstrafen abgesichert.

In China ist die rechtliche Behandlung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote in § § 23-25 ArbVG geregelt. § 23 ArbVG schreibt vor, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit Karenzentschädigung vereinbaren können. Nach § 25 ist es auch zulässig, für Verstöße hiergegen eine Vertragsstrafe zu vereinbaren. Einschränkungen für nachvertragliche Wettbewerbsverbote ergeben sich zunächst aus § 24 S. 1 ArbVG. Demnach darf die Vereinbarung gemäß § 24 S. 1 ArbVG nur für bestimmte Personengruppen gelten. Dazu gehören nur leitende Angestellte, hochqualifizierte Techniker und diejenigen Arbeitnehmer, die sich zur

⁴⁰⁰ *Annuß*, BB 2002, 458, 463; *Lingemann*, NZA 2002, 191, 192; *Gotthart*, ZIP 2002, 383 ff.; *Henssler*, RdA 2002, 129, 138; *Leder/Morgenroth*, NZA 2002, 952, 956; *Singer*, RdA 2003, 194, 201.

Geheimnishaftung verpflichten. Ferner darf der Zeitraum für ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot gemäß § 24 S. 2 ArbVG nicht länger als zwei Jahre dauern.

Ob ein Arbeitnehmer zu dem bestimmten Personenkreis im Sinne des § 24 S. 1 ArbVG gehört, hängt nach überwiegenden Meinung davon ab, ob für sie das Geschäftsgeheimnis des Arbeitgebers zugänglich ist.⁴⁰¹ Daraus kann man folgen, dass ein Wettbewerbsverbot nur zulässig ist, wenn es zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses (商 业 秘 密) dient.⁴⁰² Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses wird in § 10 Abs. 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb legal definiert. Demnach ist Geschäftsgeheimnis eine Information, die nicht offenkündig ist, dem Berechtigten wirtschaftlichen Nutzen bringen kann, die praktisch brauchbar ist, und die durch Maßnahmen zum Schutze ihrer Geheimhaltung durch den Berechtigten geschützt wird. Der Umfang des Geschäftsgeheimnisses wird in Regel „Einigen Bestimmungen über das Verbot für Verletzung von Geschäftsgeheimnis“⁴⁰³ vorgeschrieben. Hiernach umfasst es sowohl die technischen Aspekte des Geheimnisses als auch die kaufmännischen Aspekte (z. B. Lieferantenkreis und Kundenliste). Dieses Rechtsverständnis unterscheidet sich vom deutschen Rechtsverständnis. Denn nach der deutschen Rechtsprechung betrifft das Geschäftsgeheimnis nur das kaufmännische Wissen, und die technischen Aspekte werden als Betriebsgeheimnis verstanden.⁴⁰⁴

2. Umstrittene Fragen in der Praxis

Trotz dieser Einschränkung besteht aus der Sicht der Arbeitnehmer noch die Gefahr, dass sie ein Wettbewerbsverbot mit unangemessenem Inhalt, z. B. eine zu weitgehende Reichweite, eine zu niedrige Karenzentschädigung, oder für eine Vertragsstrafe in unangemessener Höhe für Vertragsverstöße

⁴⁰¹ Vgl. XIN Chunying/KAN ke (Hrsg.), Auslegung des ArbVG, S. 83; SHAN Hailing, Chinese Journal of Law 3/2007, 71, 76; JIANG Bixin/HE Dongning/WANG Li, S. 181; ZHENG Aiqing, Jurists Review 2/2006, 138, 142; XU Mingyue/YUAN Mingquan, Science of Law 4/2007, 72, 79; Hekang GmbH vs. Li, Urteil vom Beijing Haidian Volksgericht, Akz. Nr. : (2005) 海民初字第 5598 号.

⁴⁰² QIAO Anli/LI Kungang, China Labor 2015/9, S. 41 (45).

⁴⁰³ Diese Regel wurde von staatliches Hauptamt für Industrie und Handel VR China am 25. 11. 1995 erlassen. Chinesischer Name: 关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定.

⁴⁰⁴ BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03, BVerfGE 115, 205 – 259; BVerwG, Beschluss vom 4. Januar 2005, Az. 6 B 59.04

einstehen müssen. Außerdem ist es nicht unüblich, dass eine Vertragsklausel eine „Vergütung für Vertraulichkeit“ als Karenzentschädigung vorsieht, während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitslohn gezahlt wird. Vor diesem Hintergrund kommen die folgende Fragen ins Betracht: (1) Ist eine solche „Vergütung für Vertraulichkeit“ die Karenzentschädigung oder ein Teil der Arbeitsvergütung? (2) Inwieweit ist ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zulässig? Und (3) In welchem Fall ist eine Vertragsstrafe unangemessen? Diese drei Fragen sind bis heute nicht abschließend geklärt. In Gerichtsurteilen wird die erste Frage entweder offengelassen⁴⁰⁵, oder ohne nähere Begründung beantwortet⁴⁰⁶. Eine Einigkeit über die Beantwortung der zwei letzten Fragen steht ebenfalls noch aus. Dies hat eine Rechtsuneinheitlichkeit und Rechtsunsicherheit zur Folge. Zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit stellt sich die Frage, ob die drei Fragen im Rahmen der AGB-Kontrolle sachgerecht beantwortet werden können.

II. Eröffnung der AGB-Kontrolle für nachvertragliches Wettbewerbsverbot

1. Individuelle Abrede oder Allgemeine Geschäftsbedingungen?

Die Eröffnung der AGB-Kontrolle setzt zunächst voraus, dass die Vereinbarung eine AGB ist. In der bisherigen Rechtsprechung wird angenommen, dass die Klausel über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot grundsätzlich nach dem Prinzip der Privatautonomie gestattet wird.⁴⁰⁷ Dies entspricht jedoch nicht völlig der Rechtswirklichkeit. In der Praxis wird solche Klausel meistens von dem Arbeitgeber vorformuliert und müssen vom Arbeitnehmer regelmäßig hingenommen werden. Im Regelfall haben nur Führungskräfte oder spezielle hochqualifizierte Techniker eine Einflussmöglichkeit auf den Vertragsinhalt. Im Gegenteil reduziert sich die Vertragsfreiheit der übrigen betroffenen Arbeitnehmer auf eine bloße Abschlussfreiheit. Auch werden nachvertragliche Wettbewerbsverbote zur wiederholten Verwendung von einem Arbeitgeber

⁴⁰⁵ Vgl. „WANG Yunfei vs. Schneider“, Kommunique des OVG, 4/2005.

⁴⁰⁶ Vgl. Venturepharma vs. Liu, Urteil vom Beijing Haidian Volksgericht am xx, Akz. Nr.: (2008) 海民初字第 14808 号.

⁴⁰⁷ 1. Zivilsenat des OVG, Erklärung zu der „vierten justiziellen Auslegung zur arbeitsrechtlichen Streitigkeiten“ und ihre Anwendung in der Rechtspraxis, S. 127 ff. In einem großen Teil von den Urteilen wird die Klausel nicht unter AGB-Kontrolle unterzogen.

gestellt. Dies lässt sich beispielweise an den Urteilen „Beijing Honkon vs. Ding“, ⁴⁰⁸ „Beijing Honkon vs. Yuan“ ⁴⁰⁹ und „Beijing Honkon vs. Bian“ ⁴¹⁰ verdeutlichen. Die Sachverhalte der drei Urteile zeigen, dass die von Beijing Konkon (Arbeitgeber) vorformulierten Klauseln über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für drei Vertragsschlüsse verwendet wurden. Diese Beobachtung belegt, dass es sich bei der Vereinbarung über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot normalerweise nicht um Individualabrede, sondern um eine AGB-Klausel handelt, es sei denn, dass die Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Führungskräften oder speziellen hochqualifizierten Technikern getroffen werden. Die AGB-Kontrolle wird somit eröffnet.

2. Kontrollfähigkeit der Angemessenheitskontrolle

Nicht jede im Wege der AGB vereinbarte Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle. Die Klauseln, die die Hauptleistungspflichten beschreiben, sind der Inhaltskontrolle auf unangemessene Benachteiligung entzogen (allerdings nicht der Transparenzkontrolle). Nach dem chinesischen Rechtsverständnis umschreibt die Hauptleistungspflicht die typusprägende Pflicht, aufgrund derer ein Vertrag überhaupt geschlossen wird.⁴¹¹ Derartige Pflichten stellen als der engste Pflichtkern eines Vertrags, was der Durchschnittkunde selbstständig prüft und in seine Abschlussentscheidung einbezieht. Bei diesem Kernbestand findet eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle insoweit nicht statt, als er bereits von den Kontrollmechanismen von Markt und Wettbewerb, erfasst wird.

Ob das nachvertragliche Wettbewerbsverbot unter diesem Gesichtspunkt von der Angemessenheitskontrolle auszunehmen ist, hängt zunächst davon ab, ob es in den typusprägenden Pflichten eines Vertrags fällt. Gemessen an diesem Maßstab könnte sich ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot der Angemessenheitskontrolle nicht entziehen, solange es ein Bestandteil des

⁴⁰⁸ Urteil vom Beijing Tongzhou Volksgericht am 17. 05. 2107, Akz. Nr. : (2016)京 0112 民初 43978 号.

⁴⁰⁹ Urteil vom Beijing Tongzhou Volksgericht am 17. 05. 2107, Akz. Nr. : (2016)京 0112 民初 43994 号.

⁴¹⁰ Urteil vom Beijing Tongzhou Volksgericht am 17. 05. 2107, Akz. Nr. : (2016)京 0112 民初 43975 号.

⁴¹¹ *HAN Shiyuan*, Allgemeinteil des Vertragsrechts, S. 243; *CUI Jianyuan*, Allgemeinteil des Vertragsrechts (Band I), S. 237.

ursprünglichen Arbeitsvertrags ist.⁴¹² Denn die typusprägenden Pflichten eines solchen Arbeitsvertrags sind die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Vergütungspflicht des Arbeitgebers.⁴¹³ Diese Vertragsbedingungen vergleicht der Arbeitnehmer mit denen anderer Arbeitgeber auf dem Arbeitsmarkt und entscheidet, ob er den gesamten Arbeitsvertrag annimmt. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot taucht hingegen zumeist erst in der letzten Phase des Arbeitsvertragsabschlusses und ist somit keine Gegenstand der Aufmerksamkeit des Arbeitnehmers.⁴¹⁴

Kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot der Angemessenheitskontrolle entzogen werden, wenn es gesondert vereinbart wird? Abgesehen von ihrem Verhältnis zu dem ursprünglichen Arbeitsvertrag, stellen die Reichweite des Wettbewerbsverbots und die Karenzentschädigung die typusprägenden Pflichten der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung dar⁴¹⁵. Betrachtet man die Vereinbarung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots isoliert, könnten die Unterlassungspflicht des Arbeitnehmers und die Entschädigungspflicht des Arbeitgebers als Hauptleistungspflichten eingeordnet werden. Insofern unterläge nur die Abrede über die Vertragsstrafe der AGB-Kontrolle anhand von § 39 ff. CVG.

Für die Kontrollfähigkeit der Klauseln kommt es allerdings nicht allein darauf an, ob sie die typusprägenden Pflichten beschreiben. Vielmehr ist die Kontrollfähigkeit davon abhängig, ob der Inhalt der betroffenen Klauseln durch

⁴¹² In der deutschen Literatur wird ebenfalls diskutiert, ob nachvertragliches Wettbewerbsverbot gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen wird. *Diller* und *Laskawy* begründet es damit, dass die Reichweite des Wettbewerbsverbots und die Entschädigung die Hauptleistungspflichten des Arbeitnehmers definieren. Denn die Vereinbarung über nachvertragliches Wettbewerbsverbot sei ein gegenseitiger Vertrag iSv. § 320 BGB. (*Bauer/Diller*, S. 152; *Diller*, NZA 2005, 250, 251; *Laskawy*, NZA 2012, 1011, 1014.) Dem folgt ein Teil der Instanzrechtsprechung. (LAG Rheinland-Pfalz v. 3. 8. 2012 – 9 SaGa 6/12 – NZA-RR 2013, 15; LAG Baden-Württemberg v. 30.1.2008 – 10 Sa 60/07 – NZA-RR 2008, 508.) Demgegenüber ist Koch der Auffassung, dass die Eröffnung der Inhaltskontrolle einer Klausel ausschlaggebend davon abhängt, ob diese Klausel für das Gesamtbild des Vertrags derart prägend ist. (*Koch*, RdA 2006, 26, 30) Des Weiteren wird es von *Kamanabrou* argumentiert, entscheidende für die Eröffnung der AGB-Kontrolle sei die dienende Funktion des Wettbewerbsverbots. Da es als begleitende Abrede zum Arbeitsvertrag geschlossen werde, könne es nicht einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB entzogen. Dies gelte auch für das gesonderte vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot. (*Kamanabrou*, ZfA 2018, 92, 100.)

⁴¹³ Vgl. *Dütz*, S. 77, 87; *WANG Quanxing*, Arbeitsrecht, S. 77; *WANG Qian*, ECUPL Journal 4/2017, 116, 123.

⁴¹⁴ *Koch*, RdA 2006, 26, 30; *Kamanabrou*, ZfA 2018, 92, 100.

⁴¹⁵ *Bauer/Diller*, S. 153.

den Wettbewerbsmechanismus der Marktwirtschaft selbst reguliert wird und in die Abschlussentscheidung des Arbeitnehmers einfließt.⁴¹⁶ Obwohl die Reichweite des Wettbewerbsverbots und die Höhe der Entschädigung begrifflich als typusprägende Pflichten eingeordnet werden können, sind sie mit denjenigen typusprägenden Pflichten eines allgemeinen Vertrags nicht vergleichbar. Denn die *Gegenstände der Hauptleistungen* eines allgemeinen Vertrags sind oft verbunden mit dem Angebot und der Nachfrage eines konkreten Markts. So ist bei einem Autokaufvertrag der Kaufgegenstand (das Auto) verbunden mit dem Angebot auf dem Automarkt, die von den Kunden angefragt werden. Und das Maß der Bedürfnisse des Kunden nach den Autos beeinflusst den Preis. Eine gerichtliche Kontrolle für den gerechten Preis ist insoweit nicht erforderlich, als es mit Hilfe des Wettbewerbsmechanismus der Marktwirtschaft selbst reguliert wird.⁴¹⁷ Die Kunden können also die Qualität des Autos bzw. den Preis mit denen anderer Anbieter vergleichen und sich ggf. für einen anderen Vertragspartner entscheiden.⁴¹⁸ Für Vereinbarungen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote besteht aber kein Markt. Es steht dem Arbeitnehmer innerhalb eines Arbeitsverhältnisses also keine Möglichkeit zur Verfügung, die Reichweite des Wettbewerbsverbots und die Höhe der Entschädigung verschiedener Anbieter zu vergleichen und einen Anbieter auszuwählen. Die Reichweite des Wettbewerbsverbots und die Höhe der Entschädigung können also nicht durch den Markt selbst reguliert werden. Das setzt den Wettbewerbsmechanismus außer Funktion. Eine staatliche Inhaltskontrolle für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot ist somit erforderlich.

III. Ist „Vergütung für Vertraulichkeit“ die Karenzentschädigung?

Wie oben erwähnt, ist eine Vereinbarung grundsätzlich zulässig, wonach die Karenzentschädigung für das Wettbewerbsverbot vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitslohn gezahlt wird. In der Praxis wird häufig auch eine sog. „Vergütung für Vertraulichkeit“ in Form einer gewissen Summe, die monatlich oder einmalig an den Arbeitnehmer während des

⁴¹⁶ *Stoffels*, JZ 2001, 843, 847; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hessen, § 307 BGB Rz. 46 ff.; *Kamanabrou*, ZfA 2018, 92, 100.

⁴¹⁷ *Fastrich*, S. 263.

⁴¹⁸ *Fastrich*, S.76.

Arbeitsverhältnisses geleistet wird, gezahlt. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses berufen sich viele Arbeitgeber darauf, dass sie eine Karenzentschädigung nicht mehr zahlen müssten; insoweit sei die Vergütung für die Vertraulichkeit als eine „vorgezogene Karenzentschädigung“ während des Arbeitsverhältnisses zu sehen. Ob diese Praxis zulässig ist, ist stark umstritten.

Beispielhaft hierfür ist der Fall „Zhang vs. X GmbH“⁴¹⁹. Der in diesem Fall relevante Arbeitsvertrag enthielt eine Klausel, wonach die „Vergütung für Vertraulichkeit“ als Karenzentschädigung für das vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot mit dem Arbeitslohn monatlich gezahlt wird. Der Arbeitnehmer ist der Auffassung, die „Vergütung für Vertraulichkeit“ sei Teil seiner Arbeitsvergütung, eine Anrechnung auf die zu zahlende Karenzentschädigung verbiete sich. Darum habe er den Anspruch auf Zahlung der Karenzentschädigung, weil er das vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot eingehalten habe. Das Beijing Chaoyang Volksgericht hat den Anspruch des Klägers mit der Begründung stattgegeben, dass an anderer Stelle in demselben Arbeitsvertrag die Höhe der monatlichen „Vergütung für Vertraulichkeit“ verringert wird, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats abwesend ist. Aus der Sicht eines objektiven Empfängers sei eine Menge Geld normalerweise der Arbeitsvergütung zuzuordnen. Deren Gewährung setze jedoch die Anwesenheit des Arbeitnehmers voraus. Daraus ergebe sich eine andere vertretbare Auslegungsvariante: Die „Vergütung für Vertraulichkeit“ sei eine verhaltensbedingte Prämie.⁴²⁰ Diese Auslegungsvariante geht nach § 41 S. 2 (Unklarheitenregel) CVG (§ 498 S. 2 ZGB) vor, da sie für den Arbeitnehmer günstiger sei.

Diesem Ergebnis ist insoweit zuzustimmen, als zurzeit keine rechtliche Grundlage für eine Transparenzkontrolle im ZGB vorliegt. Würde die Transparenzkontrolle ins CVG übernommen, würde in diesem Fall sowohl die Unklarheitenregel (§ 498 S. 2 ZGB) als auch die Transparenzkontrolle greifen.

⁴¹⁹ Dieser Fall wird in einem Aufsatz über Anmerkung zu seinem Urteil erwähnt. Dieser Aufsatz wird in der offiziellen Webseite des Beijing Chaoyang Volksgericht veröffentlicht. Da die Gerichtsverhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattgefunden wurde, werden die Einzelheiten und der Aktenzeichen Nummer dieses Urteils in dem Aufsatz nicht gegeben. <http://cygyf.chinacourt.gov.cn/article/detail/2018/06/id/4048184.shtml>.

⁴²⁰ Teil III, A, III, 3, b, bb).

Denn die zwei Klauseln, die für sich gesehen klar formuliert sind, widersprechen einander inhaltlich. Ob die Transparenzkontrolle oder die Unklarheitenregel vorrangig zur Anwendung gelangt, hängt davon ab, welche Rechtsfolge für den Arbeitnehmer günstiger ist.⁴²¹ Wären die zwei Klauseln nach dem Transparenzgebot beide unwirksam, würde die „Vergütung für Vertraulichkeit“ als tatsächliche gezahlte Vergütung verstanden werden. Sodann könnte die Höhe der Vergütung für Vertraulichkeit nicht wegen Abwesenheit verringert werden. Die Rechtsfolge der Transparenzkontrolle wäre für den Arbeitnehmer günstiger als die arbeitnehmerfreundlichste Auslegungsvariante der Unklarheitenregel. Darum würde die Transparenzkontrolle in diesem Fall vorgehen.

IV. Angemessenheit des Inhalts von nachvertraglichem Wettbewerbsverbot

1. Angemessenheit der Reichweite des Wettbewerbsverbots und Karenzentschädigung

a. Bisheriger Lösungsansatz

Wie oben erwähnt, liegt das Interesse des Arbeitgebers darin, seine Geschäftsgeheimnisse zu schützen. Zugleich wird die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers eingeschränkt. Nach überwiegender Auffassung in der Literatur zielt § § 23 ff. ArbVG gerade auf einen sachgerechten Ausgleich beider Interessen.⁴²² Daher setzt die Verbindlichkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots voraus, dass es zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers diene.⁴²³

Unter dem akademischen Einfluss steht die Frage in Instanzrechtsprechung im Streit darüber, ob die Reichweite des Wettbewerbsverbots von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers gedeckt ist. Dies hängt davon ab, ob der betroffene Arbeitnehmer mit dem Geschäftsgeheimnis des Arbeitgebers in

⁴²¹ Teil II, D, III, c.

⁴²² Vgl. *JIANG Bixin/HE Dongning/Wang Li*, S. 181; *PENG Xuelong*, Wuhan University Journal(Philosophy & Social Science) 1/2006; *YE Jingyi/REN Xuemin*, Law Magazine 4/2006, 76; *WANG Quanxing*, Journal of Shanghai Normal University(Philosophy & Social Sciences Edition) 3/2007, 16, 19; *WANG Linqing*, People's Judicature 7/2011, 10; *QIN Guorong*, Studies in Law and Business 6/2015, 110, 116.

⁴²³ *YE Jingyi/REN Xuemin*, Law Magazine 4/2006, 76, 78; *SHAN Hailing*, Chinese Journal of Law 3/2007, 71, 73; *DENG Heng*, Legal Application 15/2017, 113 ff.

Kontakt kommt, ⁴²⁴ und ob er bei einem Konkurrenten die Geschäftsgeheimnisse nutzen kann. ⁴²⁵

Übersehen wird jedoch die Tatsache, dass die Interessen des Arbeitnehmers dadurch schwer belastet werden können, selbst wenn es zum Schutz eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers dient. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn bei Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots mit einer sehr weiten Reichweite nur eine geringere Karenzentschädigung zugesagt wird. Dies erschwert das weitere Fortkommen des beruflichen Lebens und auch die Lebensbedingungen des Arbeitnehmers. Die Ausgewogenheit der Interessen beider Parteien wird zweifellos gestört. Es ist also fraglich, ob die AGB-Kontrolle einen sachgerechten Interessenausgleich bieten kann.

b. Angemessenheitskontrolle des Inhalts von nachvertraglichem Wettbewerbsverbot anhand von §§ 496 ff. ZGB

aa) Beurteilung der Zulässigkeit durch Interessenabwägung

Wird das nachvertragliche Wettbewerbsverbot der Angemessenheitskontrolle unterzogen, muss geprüft werden, ob das von dem Wettbewerbsverbot erforderte Unterlassen eines bestimmten Verhaltens die Interessen des Arbeitnehmers unangemessen benachteiligt. Eine Benachteiligung liegt insofern vor, als dass das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers durch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot erschwert und die Lebensbedingung des Arbeitnehmers dadurch verschlechtert werden.⁴²⁶ Allerdings führt eine bloße Benachteiligung nicht zu der Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots. Erst wenn diese Erschwerung und Verschlechterung unangemessen ist, wird das Wettbewerbsverbots unwirksam.

Im Rahmen der Inhaltskontrolle ist der Test für die Unangemessenheit eine Interessenabwägung. Beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot kommt es darauf an, ob die Erschwerung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers durch begründete Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird. In diesem

⁴²⁴ Vgl. *Frd vs. Deng*, Urteil vom Jiangsu Suzhou mittleren Volksgericht am 12.11.2016, Akz. Nr. : (2016)苏 05 民终 9139、9140 号.

⁴²⁵ Vgl. *Teda vs. Miao & Shenlida*, Urteil vom Jiangsu Oberen Volksgericht am 29.4.2011, Akz. Nr. : (2010)苏知民终字第 0002 号.

⁴²⁶ *ZHANG Ni/WANG Quanxing*, Law Science Magazine 10/2011, 130, 132.

Zusammenhang erfolgt die Beurteilung der Benachteiligung durch eine zweistufige Prüfung. Zunächst wird geprüft, ob die Konkurrenz Reichweite von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers gedeckt ist. Danach ist zu beurteilen, ob die eingeschränkte Berufstätigkeit durch die Karenzentschädigung kompensiert wird. Beim zweiten Schritt handelt es sich eigentlich darum, inwieweit das berufliche Fortkommen erschwert wird und ob die zugesagte Karenzentschädigung angemessen ist. Dies kann sich nicht allein durch §§ 496, 497 ZGB ableiten. Deshalb ist es sinnvoll zu analysieren, ob die Gesichtspunkte aus der inhaltlichen Kontrolle des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im deutschen Recht für die hiesige Prüfung fruchtbar gemacht werden können.

bb) Beurteilung der unbilligen Erschwerung des beruflichen Fortkommens im deutschen Recht⁴²⁷

In der deutschen Rechtsprechung wird die Erschwerung des Fortkommens von Arbeitnehmern anhand der Kriterien Ort, Zeit und Gegenstand des Wettbewerbsverbots und der Höhe der zugesagten Karenzentschädigung ermittelt.⁴²⁸ Zu beachten ist aber, dass diese vier Kriterien miteinander in Wechselwirkung stehen. So könnte beispielweise eine örtlich oder sachlich umfassende Bindung des Arbeitnehmers für kurze Zeit hinzunehmen sein.⁴²⁹ Eine großzügige Karenzentschädigung kann eine weitergehende Beschränkung des beruflichen Fortkommens rechtfertigen.⁴³⁰ Bei der Prüfung, ob das Wettbewerbsverbot nach Intensität und räumlicher Reichweite eine unbillige Erschwerung enthält, spielt die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb,

⁴²⁷ Inhaltlich ist das nachvertragliche Wettbewerbsverbot an den Vorschriften des § 74a Abs. 1 HGB zu messen. Aus § 74a Abs. 1 HGB leitet sich eine dreistufige Prüfung ab. Im ersten Schritt muss gemäß § 74a Abs. 1 S. 1 HGB geprüft werden, ob das Wettbewerbsverbot dem Schutz eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers dient. Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers besteht, wenn das Wettbewerbsverbot entweder dem Schutz von Betriebsgeheimnissen dient oder den Einbruch eines ausgeschiedenen Mitarbeiters in den Kunden- oder Lieferantenkreis unter Ausnutzung besonderer Kenntnisse oder persönlicher Kontakte verhindern soll. Das bloße Interesse, die Konkurrenz einzuschränken, genügt nicht. Ein Wettbewerbsverbot ist bereits insoweit unwirksam, als seine Reichweite von dem oben genannten berechtigten Interesse nicht gedeckt ist. Im zweiten Schritt ist zu prüfen, inwieweit das Wettbewerbsverbot das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers erschwert. Liegt eine unbillige Erschwerung vor, ist das Wettbewerbsverbot gleichwohl gemäß § 74 Abs. 1 S. 2 HGB unzulässig, selbst wenn es einem berechtigten geschäftlichen Interesse des Arbeitgebers dient.

⁴²⁸ Vgl. *Hagen*, in: BeckOK ArbR, HGB § 74a Rn. 14; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB § 74a, Rn. 2.

⁴²⁹ BAG 4. 10. 1958, AP GG Art. 12 Nr. 7; *Bauer/Diller*, Rn. 343.

⁴³⁰ *Bauer/Diller*, Rn. 343; *Lakies*, 493; BAG 21. 4. 2010, 10 AZR 288/09, NZA 2010, 1175.

die Mobilität der jeweiligen Berufsgruppe sowie das Alter der Arbeitnehmers eine entscheidende Rolle.⁴³¹ Wegen der Wechselwirkung der genannten Kriterien ist es unmöglich, allgemeine Grundsätze aufzustellen.⁴³²

cc) Beurteilung der Angemessenheit von Erschwerung nach der deutschen Erfahrung

Werden die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Prüfungskriterien und Maßstäben auf das chinesische Recht übertragen, soll der Erschwerungsgrad des beruflichen Fortkommens mit folgenden Schritten beurteilt werden. Zunächst soll geprüft werden, inwieweit das Wettbewerbsverbot nach Zeit, Ort und Gegenstand die weitere berufliche Entwicklung und das zukünftige Einkommen des Arbeitnehmers beeinflusst. Maßgeblich dafür sollen die die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, die Mobilität der jeweiligen Berufsgruppe sowie Alter des Arbeitnehmers sein. Dann folgt die Prüfung, ob die behinderte berufliche Entwicklung und das dadurch verringerte Einkommen durch die Karenzentschädigung kompensiert werden kann.

Unter solchen Prüfungskriterien hätten die Gerichte die Wirksamkeit mancher nachvertraglichen Wettbewerbsverbote verneinen sollen, die sie in Urteilen bejaht haben. Dies wird durch einen Fall in der Bildungsbranche⁴³³ verdeutlicht.

Dabei ging es um die Unangemessenheit eines Wettbewerbsverbots einer Nachhilfelehrerin im Bereich der Nachhilfe bzw. Ausbildung. Das Wettbewerbsverbot sah vor, dass der Nachhilfelehrerin eine Lehrtätigkeit chinaweit bei einer geringen Karenzentschädigung untersagt wird.⁴³⁴ Die Klägerin hat Chemie auf Lehramt studiert und war bei dem Beklagten als Nachhilfelehrerin tätig. Obwohl die Klägerin über Grundkenntnisse der Chemie verfügt, hat sie in ihrem Berufsleben regelmäßig nur Erfahrungen im Lehren gesammelt. Deshalb fiel es ihr besonders schwer, einen Arbeitsplatz außerhalb des Bildungsbereichs, z. B. in der Chemieindustrie zu finden. Zwar besteht die

⁴³¹ *Bauer/Diller*, S. 149; Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB § 74a, Rn. 2.

⁴³² *Bauer/Diller*, S. 149.

⁴³³ „HUANG vs. Xueersi (Guangzhou)“, Urteil vom Guangzhou Mittelvolksgericht am 13. 12. 2018, Akz. Nr. : (2018) 粤 01 民终 20546 号.

⁴³⁴ „HUANG vs. Xueersi (Guangzhou)“, Urteil vom Guangzhou Mittelvolksgericht am 13. 12. 2018, Akz. Nr. : (2018) 粤 01 民终 20546 号.

Möglichkeit, als Chemie Lehrerin in einer staatlichen Schule zu arbeiten. Dies setzt jedoch die Ablegung einer Prüfung voraus, die zumeist zwei Mal pro Jahr stattfindet. Vor diesem Hintergrund besteht die Gefahr, dass die Klägerin für einige Monate arbeitslos sein wird, wenn sie sich an das Wettbewerbsverbot halten würde. Eine solch starke Intensität der Beschränkung wäre nur dann angemessen gewesen, wenn die Karenzentschädigung mindestens 50% der Arbeitsvergütung beträgt hätte. In dem vorliegenden Fall richtete sich die Entschädigung aber nur nach dem gesetzlichen Mindestlohn, die nur 10% der Arbeitsvergütung betrug. Aus diesem Grund verstieß das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gegen das Äquivalenzprinzip und hielt der Inhaltskontrolle gemäß § 496 ZGB nicht stand. Das Gericht hätte die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots verneinen sollen.

Möglich ist auch, dass manche Klauseln weiter wirksam bleiben, auch wenn sie einer Angemessenheitskontrolle gemäß §§ 496, 497 ZGB unterzogen werden. Denn das Wettbewerbsverbot dient dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers, während die benachteiligten Interessen des Arbeitnehmers durch die Karenzentschädigung ausgeglichen werden. Dies trifft insbesondere auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote zu, die in der Internetbranche weit verbreitet sind. Dies wird durch einen repräsentativen Fall in Internetbranche⁴³⁵ verdeutlicht.

In diesem Fall verpflichtete sich die Beklagten nach der Vereinbarung, für ein Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht für ein Unternehmen in China tätig zu sein, welches mit der Klägerin (Baidu) in Konkurrenz steht. Die Klausel definierte als Konkurrenzunternehmen ein Unternehmen, welches in eines der aufgelistet Branchen tätig ist. Die Liste enthielt u.a. die Branchen Suchmaschinen, Internetportalen, Onlineshopping, Instant Messaging, Browser-Dienstleistungen, Internet-Karten, Cloud-Computing Dienstleistungen usw.. Die Höhe der monatlichen Karenzentschädigung betrug die Hälfte des letzten Monatsgehalts. Bei Programmierern ist es regelmäßig nicht unbillig, ihnen eine Tätigkeit im Internetsegment zu verbieten, auch chinaweit. Denn in der Praxis ist es für sie nicht schwierig, ihre Branche zu wechseln. Für ihren

⁴³⁵ Baidu vs. Li Chenggang, Urteil vom Beijing Haidian Volksgericht am 13. 12. 2018, Akz. Nr. : (2018) 京 0108 民初 36937 号.

Erfolg im Berufsleben kommt es weniger auf spezifische Kenntnisse eines eng begrenzten Produkt- oder Marktbereiches an, als auf allgemeine Fähigkeiten der Programmierung. Der Beklagte könnte z. B. auch in der Branche der Finanz oder Fertigungsindustrie als Programmierer arbeiten. Zwar verdient er weniger in der neuen Branche als in der Internetbranche, aber diese Differenz kann er durch die Karenzentschädigung ausgleichen. Außerdem bleibt es dem Beklagten unbenommen, nach einem Jahr wieder in die Internetbranche zurück zu wechseln. Denn es ist nicht zeitaufwendig, die neue Anforderung der Arbeit anzupassen. In diesem Zusammenhang erschwert das nachvertragliche Wettbewerbsverbot das beruflichen Fortkommen des Beklagten nicht unangemessen und ist somit gemäß § 496 ZGB wirksam.

c. Rechtsfolge

Nach dem Grundsatz des Verbots geltungserhaltender Reduktion ist die Vereinbarung über die Reichweite des Wettbewerbsverbots und Karenzentschädigung insgesamt unwirksam. Da keine entsprechende gesetzliche Regelung zur Verfügung steht, wird eine solche Vereinbarung ersatzlos gestrichen. Damit liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn der Arbeitnehmer das Geschäftsgeheimnis des Arbeitgebers bei dem neuen Arbeitgeber verwerthen, der zu dem Arbeitgeber in Wettbewerb steht. Dadurch könnte ein außerordentlich hoher Schaden des Arbeitgebers, einschließlich der Existenzvernichtung, eintreten. Die Ausgewogenheit der beiderseitigen Interessen wird also gestört. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt also ins Betracht, wenn seine weiteren Voraussetzungen erfüllt werden. Dann bestimmen sich die Reichweite des Wettbewerbsverbots und die Höhe der Karenzentschädigung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte.

2. Zulässige Höhe der Vertragsstrafe

a. Gesetzliche Grundlage und bisherige Rechtsprechung

Nach § 25 ArbVG ist grundsätzlich zulässig, eine Vertragsstrafe im Fall der Zuwiderhandlung gegen nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu vereinbaren. Im Regelfall wird als Vertragsstrafe eine bestimmte Summe vereinbart. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Höhe der Vertragsstrafe haben die Gerichte

unterschiedliche Kriterien entwickelt, was aber zu einer krassen Diskrepanz führte. Beispielweise stellt die Instanzrechtsprechung teilweise darauf ab, ob die Höhe der Vertragsstrafe in angemessener Relation zur Höhe der Karenzentschädigung steht. Demnach wurde die Wirksamkeit einer Vertragsstrafe, die das Vierzehnfache der Karenzentschädigung beträgt, von Jiaxing Xiuzhou (Zhejiang Provinz) Volksgericht abgelehnt.⁴³⁶ Ähnliches urteilte das Beijing Haidian Volksgericht, indem es eine Vertragsstrafe i. H. v. 30, 000 Yuan für unwirksam hielt, die Dreizehnfache der Karenzentschädigung betrug.⁴³⁷

Bei der Bewertung der Angemessenheit kann auch der drohende Schaden von Bedeutung sein. So sah beispielweise das Changzhou (Jiangsu Provinz) mittlere Volksgericht eine Vertragsstrafe von 100.000 Yuan bei einer Karenzentschädigung von 3815 Yuan pro Monat als angemessen an.⁴³⁸ Begründet wurde dies damit, dass die Kundgebung von technischem Geheimnissen durch einen ausgeschiedenen Arbeitnehmer die Existenz des Arbeitgebers im Wettbewerb gefährden wird. Manchmal sahen die Gerichten eine Vertragsstrafe ohne näherer Begründung als unangemessen hoch an.⁴³⁹

Zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit könnte die AGB-Kontrolle dazu beitragen, sachgerechte und einheitliche Beurteilungsmaßstäbe für die Angemessenheit der Vertragsstrafen zu liefern.

b. Liefert die Inhaltskontrolle sachgerechte und einheitliche Beurteilungsmaßstäbe?

Wird die Höhe einer Vertragsstrafenabrede der Inhaltskontrolle unterzogen, ist sodann zu prüfen, ob sich daraus eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers ergibt. Es steht außer Zweifel, dass eine Vertragsstrafe die

⁴³⁶ Han vs. Jiaxing Heda GmbH, Urteil vom Jiaxing Xiuzhou Volksgericht am 5.5.2011, Akz. Nr.: (2011)嘉秀民初字第310号.

⁴³⁷ Li vs. Sharpower GmbH, Urteil vom Beijing Haidian Volksgericht am 22.1.2014, Akz. Nr.: (2013)海民初字第25050号.

⁴³⁸ „AAC GmbH vs. Tang“, Urteil vom Changzhou Mittel Volksgericht am 11. 01. 2018, Akz. Nr.: (2017)苏04民终3547号. Ähnliches Urteil sieht man in: ATL vs. Lin, Urteil vom Ningde mittleren Volksgericht am 24.12.2018, Akz. Nr.: (2018)闽09民终1677号.

⁴³⁹ „Wei vs. Baidu“, Urteil vom Beijing Haidian Volksgericht am 30. 07. 2014, Akz. Nr.: (2014)海民初字第15117号; „Zhao vs. Saint-gobain“, Urteil vom Shanghai Minhang Volksgericht am 17. 05. 2017, Akz. Nr.: (2017)沪0112民初3574号.

Interessen des Arbeitnehmers benachteiligt. Darum hängt die Wirksamkeit der Vertragsstrafenabrede davon ab, ob diese Benachteiligung angemessen ist. Dann könnte eine angemessene Benachteiligung vorliegen, wenn durch die Benachteiligung gewährleisteten Interessen des Arbeitgebers die Interessen des Arbeitnehmers überwiegen. Das wirft wiederum eine Frage auf, nach welchen Kriterien erfolgt die Interessenabwägung?

Zur Beantwortung dieser Frage ist es denkbar, die Inhaltskontrolle auf Vertragsstrafenabrede im deutschen Recht zu analysieren. Nach dem deutschen Recht ist eine Vertragsstrafenabrede im Formulararbeitsverträgen nicht generell unzulässig.⁴⁴⁰ Im Einzelfall kann sie aber gemäß § 307 Abs. 1 BGB unzulässig sein, wenn sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.⁴⁴¹ Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere vor, dass bei sanktioniertem Verhalten typischerweise nur ein geringer Schaden zu erwarten ist.⁴⁴² Von Bedeutung kann auch die Relation zwischen der Vertragsstrafe und dem Gehalt sein.⁴⁴³

Meines Erachtens kann dieser Beurteilungsmaßstab auf die chinesische Inhaltskontrolle über Vertragsstrafenabrede übertragen werden. Demnach benachteiligt eine Vertragsstrafenabrede den Arbeitnehmer unangemessen im Sinne des § 496 ZGB, wenn die Höhe der Vertragsstrafe den zu erwartenden Schaden um ein Vielfaches übersteigt. Die Berechnung des zu erwartenden Schadens richtet sich vor allem an dem Wert der betreffenden vertraulichen Information.⁴⁴⁴ In Bezug auf technische Geheimnisse könnte man sich daran orientieren, wieviel der „neue“ Arbeitgeber des Arbeitnehmers (Konkurrent des Arbeitgebers) hätte bezogen auf den Zeitpunkt der Zuwiderhandlung zahlen müssen, um auf legalen Wege die vertrauliche Information zu erhalten oder zu nutzen (Lizenzanalogie).⁴⁴⁵ In Bezug auf das Geschäftsgeheimnis sind aber die Stelle und das Einkommen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Lässt sich dies nicht eindeutig feststellen, ist mit einer Annahme zu arbeiten. Je

⁴⁴⁰ Vgl. *Lakies*, ArbRAktuell 2014, 313, 315.

⁴⁴¹ Vgl. *Lakies*, ArbRAktuell 2014, 313, 315; *Wiesler*, in: VOB/B § 11 Vertragsstrafe Rn. 23.

⁴⁴² BAG, NZA 2004, 727; LAG Hamm, 3.11.2006 – 7 Sa 1232/06, BeckRS 2007, 43975;

⁴⁴³ LAG München, 13.2.2007 – 6 Sa 527/06; LAG Rheinland – Pfalz, 12.1.2012 – 8 Sa 445/11, BeckRS 2012, 69951.

⁴⁴⁴ *SHI Zhongkai*, Present day Law Science 6/2014, 57, 58 ff.

⁴⁴⁵ *SHI Zhongkai*, Present day Law Science 6/2014, 57, 61.

niedriger die Stelle und geringer das Einkommen ist, desto eher ist anzunehmen, dass die für den Arbeitnehmer zugängliche Information weniger wichtig und der erwartende Schaden gering ist.

c. Rechtsfolge

Bei einer wirksamen Vertragsstrafe kann der Arbeitnehmer die Höhe der Vertragsstrafe herabsetzen. Damit wird auf § 585 S. 2 ZGB zurückgegriffen. Nach dieser Vorschrift kann eine verwirkte Vertragsstrafe, deren Höhe in unverhältnismäßiger Relation zum tatsächlichen eingetretenen Schaden des Gläubigers steht, auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden.

Wird eine vereinbarte Vertragsstrafe wegen unangemessener Höhe als unwirksam angesehen, ist die Vertragsstrafe insgesamt unwirksam. Da es keine gesetzliche Regelung über die Höhe der Vertragsstrafe zur Verfügung steht, wird der Arbeitnehmer von der Zahlung der Vertragsstrafe befreit. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nur in Betracht, wenn die ersatzlose Streichung der Vertragsstrafe keine angemessene, den typischen Interessen beider Vertragsparteien tragende Lösung bietet. Dies ist der Fall, dass der Arbeitgeber beim Vertragsabschluss über keine Möglichkeit verfügt, den drohenden Schaden zu prognostizieren. Wird die Höhe der Vertragsstrafe durch den hypothetischen Willen der Vertragsparteien festgestellt, soll die Herabsetzungsmöglichkeit gemäß § 29 der 2. Auslegung des CVG unberührt bleiben.

3. Unanwendbarkeit der AGB-Kontrolle wegen Besonderheiten des Arbeitsrechts?

Wie oben erwähnt, zielt die AGB-Kontrolle darauf, einen angemessenen Inhalt des Vertrags zu ausgestalten. Damit ist der maßgebliche Zeitpunkt für die AGB-Kontrolle, einschließlich der ergänzenden Vertragsauslegung, der Moment des Vertragsabschlusses. Beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot tritt das Verbot erst ins Kraft, nachdem das Arbeitsverhältnis beendet wurde. Welche Auswirkung das vereinbarte Wettbewerbsverbot auf die Rechtslage der Vertragsparteien hat, hängt von der Situation bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab. In diesem Zusammenhang ist also fraglich, ob die Interessen der Vertragsparteien überhaupt durch AGB-Kontrolle sachgerecht

ausgeglichen können. Soll die Anwendung der AGB-Kontrolle wegen der Besonderheit des Arbeitsrechts verdrängt werden?

Im deutschen Schrifttum wird teilweise vertreten, die Anwendbarkeit von § 309 BGB sei wegen der Besonderheit des Arbeitsrechts gemäß § 310 Abs. 4 BGB ausgeschlossen.⁴⁴⁶ Bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten ergäbe sich die Besonderheit, dass zwischen dem Abschluss der Vereinbarung und ihrem Inkrafttreten oft 10, 20 oder mehr Jahren liegen. Niemand könne bereits beim Vertragsabschluss vorhersagen, wie die wettbewerbliche Situation des Arbeitgebers und die von dem Einbruch der Betriebsgeheimnisse oder der Ausnutzung der Kundenliste ausgehenden Gefahren sein werden. Da die AGB-Kontrolle sei auf dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen, könnte die Rechtsfolge der AGB-Kontrolle eine negative Wirkung auf die Rechtslage beider Vertragsparteien haben. Die beim Vertragsabschluss noch angemessene Reichweite des Wettbewerbsverbots könnte beim Inkrafttreten sich als überzogen oder nicht ausreichend streng erweisen. Gleiches gilt für die Höhe der Karenzentschädigung und der Vertragsstrafe⁴⁴⁷. Angesichts dessen genügen ist das richtige Instrument zur Bewältigung der Probleme, die sich aus dem Inhalt des Wettbewerbsverbots ergeben, die Möglichkeit der nachträglichen zulässigen Reduktion.

Theoretisch würde sich das gleiche Problem in China ergeben, wenn eine gerichtliche Inhaltskontrolle des Inhalts des Wettbewerbsverbots gemäß §§ 39, 40 CVG (§§ 496, 497 ZGB) stattfinden würde. In der Praxis hat dieses Problem **zurzeit in China** aber eine geringere Bedeutung als in Deutschland. Erstens ist der zeitliche Abstand vom Abschluss und Inkrafttreten der Vereinbarung normalerweise nicht 10 oder 20 Jahren, sondern weniger als 6 Jahren.⁴⁴⁸ Beim Abschluss eines zwei- oder dreijährigen Arbeitsvertrags stößt der Arbeitgeber im Regelfall nicht auf Schwierigkeiten, seine wettbewerbliche Situation, die Erschwerung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers und die vom Arbeitnehmer ausgehende Gefahr beim Inkrafttreten des Wettbewerbsverbots vorherzusagen. Mit großer Wahrscheinlichkeit kann ein angemessener Inhalt

⁴⁴⁶ *Bauer/Diller*, Rn. 355; ArbG Mainz 29.9.2008 – 7 Ca 808/08;

⁴⁴⁷ Andere Ansichten: *Wiesler*, in: VOB/B § 11 Vertragsstrafe Rn. 23; *Lakies*, ArbRAktuell 2014, 311, 316.

⁴⁴⁸ *XIE Zengyi*, Journal of Comparative Law 4/2018, 89, 96.

des Wettbewerbsverbots mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung festgestellt werden. Ferner hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, die Gefahr von einem nicht ausreichend strengen Wettbewerbsverbot zu steuern. Beispielweise könnte er die sachliche und örtliche Reichweite des Wettbewerbsverbots durch die Formulierung „alle Unternehmen, die mit dem Arbeitgeber in Konkurrenz stehen“ generalisieren, ohne die konkreten Namen der Konkurrenten aufzulisten. Außerdem könnte der Arbeitgeber durch ein einseitiges Änderungsrecht die Höhe der Karenzentschädigung bzw. der Vertragsstrafe beim Ausscheiden des Arbeitnehmers an den veränderten Gegebenheiten anpassen. In dieser Situation würde kaum ein zeitlicher Abstand zwischen dem Abschluss und dem Inkrafttreten des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots bestehen.

Komplizierter stellt sich die Situation dar, wenn sich ein Wettbewerbsverbot aufgrund der Veränderung der wirtschaftlichen Lage später als überzogen erweist. Ist die Reichweite des Wettbewerbsverbots zu weit, hat der Arbeitgeber noch die Motivation, die Reichweite zu verkleinern. Ansonsten müsste er die Karenzentschädigung trotzdem zahlen, die beim Ausscheiden des Arbeitnehmers überhaupt unnötig ist. Erweist sich aber die Höhe der Karenzentschädigung im Moment des Inkrafttretens des Wettbewerbsverbots als nicht ausreichend, liegt keine gesetzliche Regelung vor, wonach der Arbeitnehmer eine höhere Karenzentschädigung verlangen kann. Zur Bewältigung dieses Problems wäre die Möglichkeit der nachträglichen Anpassung das richtige Instrument (Ex-post-Inhaltskontrolle).

Aufgrund der vorliegenden Analyse kann man zusammenfassen: Das Problem, welches sich aus einem unangemessenen Inhalt des Wettbewerbsverbots ergibt, kann durch die Vornahme einer Inhaltskontrolle gemäß §§ 496 ZGB sachgerecht bewältigt werden. Dies setzt aber voraus, dass es schon im Moment des Vereinbarungsabschlusses mit Sicherheit festgestellt werden kann, wie die wettbewerbliche Situation des Arbeitgebers und die vom Arbeitnehmer ausgehende Gefahr sein wird. In der heutigen chinesischen Arbeitswelt wird diese Voraussetzung größtenteils erfüllt. Daher scheint die Angemessenheitskontrolle zumindest als das vorläufige richtigste Instrument

zu sein. Auf die Dauer gesehen soll aber ein ex-post- Inhaltskontrollinstrument, so wie § 74a HGB, vorgenommen.

D. Sonstige Vereinbarungen

I. Vereinbarungen über Sonderzuwendungen

Neben dem Festgehalt werden oft im Arbeitsvertrag Sonderzuwendungen aufgelistet, die aus einem bestimmten Anlass oder zu bestimmten Terminen vom Arbeitgeber gezahlt werden. Darunter fallen z. B. die Provision, der Jahresabschlussbonus, Prämienzahlungen anlässlich von Festtagen sog. „Festivalgeld“, Treueprämien usw. AGB-rechtlich unterliegt die einzelvertragliche Festlegung, ob und in welcher Höhe eine Sonderzuwendung gewährt wird, nicht der Angemessenheitskontrolle. Grund hierfür ist, dass es sich bei einer Bonuszahlung um die Hauptkondition des Arbeitsvertrages handelt. Preisnebenabreden, die die Zusage einer Sonderzuwendung einschränken, ausgestalten oder modifizieren, unterliegen allerdings der Angemessenheitskontrolle. Dies trifft vor allem auf die Provisionsvereinbarung und bedingtes Jahresabschlussbonus zu.

1. Provisionsvereinbarung

Im chinesischsprachigen Raum ist unter einer Provision ein erfolgsabhängiges Entgelt für erbrachte Dienstleistungen und Geschäftsbesorgungen zu verstehen. Im Regelfall kommen Provisionen nur bei Handelsgeschäften vor. Heutzutage sind Provisionsvereinbarungen weit verbreitet, die vor allem Vertriebsmitarbeiter⁴⁴⁹ betreffen. Solchen Vereinbarungen zufolge hängt die Höhe der Provision normalerweise von der Absatzmenge ab.

Das OVG erkennt die Wirksamkeit von Provisionsvereinbarungen grundsätzlich an.⁴⁵⁰ Hierbei besteht ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers daran, die Motivation und die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer durch dieses Steuerungsmittel zu steigern.⁴⁵¹ Problematisch wird es dann, wenn die Provision an die tatsächliche Vertragserfüllung durch die Kunden anknüpft. Dies verdeutlicht folgender Fall: Ein Vertriebsmitarbeiter hat einen

⁴⁴⁹ CHENG Liwu, China Labor 4/2015, 57.

⁴⁵⁰ 1. Zivilsenat des OVG, Anleitung für Entscheidung bei arbeitsrechtlichen Fällen, S. 154 ff.

⁴⁵¹ WU Xiaojing, The People's Judicature 16/2019, 42.

Arbeitsvertrag, die eine Regelung zu Provisionsleistungen des Arbeitsgebers enthält, welche der Höhe nach direkt von der prozentualen Erfüllung der begründeten Forderung abhängig ist. Ein Vertriebsmitarbeiter hat mit dem Kunden einen Kaufvertrag geschlossen. Demnach soll der Kunde 100,000 Yuan zahlen. Hätte der Kunde nur die Hälfte gezahlt, würde die Provision aufgrund 50,000 Yuan berechnet.

Problematisch ist eine solche Regelung deshalb, weil der Umstand, ob die Kunden ihrer Zahlungspflicht nachkommen, nicht von Leistungen des Arbeitnehmers abhängen, sondern auch vom Risikomanagement des Unternehmens.⁴⁵² Für die Beurteilung, ob solche Provisionsvereinbarung das Interesse des Arbeitnehmers unangemessen benachteiligt, spielt der Aufgabenbereich des Arbeitnehmers eine entscheidende Rolle. Ist der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrags für die Risikobewertung über die Vertragserfüllung verantwortlich, spiegelt sich seine Arbeitsqualität auch (zumindest teilweise) in der tatsächlichen Vertragserfüllung wider. In dieser Situation stellt sich eine Provision als leistungsbezogene Arbeitsvergütung dar und entspricht dem Äquivalenzprinzip. Zählt aber diese Risikobewertung nicht zu dem Aufgabebereich des Arbeitnehmers, wird durch eine solche Provisionsvereinbarung das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko, was der Arbeitgeber aufgrund des Strukturmerkmals von Arbeitsvertrag tragen soll, auf den Arbeitnehmer verlagert.⁴⁵³ In diesem Zusammenhang ist eine solche Provisionsvereinbarung mit dem Grundsatz, dass der Arbeitgeber das Betriebs- und Geschäftsrisiko tragen soll, nicht vereinbar und gemäß § 496 S. 2 ZGB unwirksam.

2. Bedingte Jahresabschlussleistung

Jahresabschlussleistung ist Leistung des Arbeitgebers, die zum Jahresende gezahlt wird. Die Bezeichnungen (z. B. 13. Monatsgehalt, Jahresabschlussbonus, roter Briefumschlag für Geldgeschenk (红包)) sind vielfältig, aber spielen im Arbeitsrecht keine wichtige Rolle. In der Praxis ist es nicht selten, die Zahlung einer Jahresabschlussleistung an bestimmter

⁴⁵² CHENG Liwu, China Labor 4/2015, 57;

⁴⁵³ CHENG Liwu, China Labor 4/2015, 57; WANG Linqing, Die juristische Denkweise und Rechtsvorschriftenauslegung für arbeitsrechtliche Fälle, S. 229.

Bedingungen anzuknüpfen. Zum Beispiel entsteht der Anspruch auf Zahlung nur, wenn das Arbeitsverhältnis bis Jahresende fortbesteht. Kündigt der Arbeitnehmer vor dem Jahresende, verliert er den Anspruch.⁴⁵⁴ In der Firma Alibaba (Die Alibaba Group Holding Limited), eine der erfolgreichsten Firma für Online-shopping und Mobile-Payment, ist der Anspruch auf Zahlung der Jahresabschlussleistung auf das „Ranking“ der angewiesen. Hierbei wird zunächst die Arbeitsleistung aller Arbeitnehmer bewertet. Sobald die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers auf dem letzten Platz in seinem Team (10 Mitarbeiter) steht, verliert er den Anspruch auf die Zahlung des Jahresabschlussbonus, auch wenn er eine überdurchschnittliche Arbeitsleistung in ganz Firma liefert.

Ob solche Klauseln die AGB-Kontrolle standhalten, kommt es darauf an, ob die Jahressabschlussleistung eine zusätzliche Vergütung für die geleistete Arbeit des ganzen Jahres darstellt. Das bedeutet: Solche Jahresabschlussleistung steht zur geleisteten Arbeit in einem synallagmatischen Verhältnis. In diesem Zusammenhang könnte der Anspruch auf Zahlung nur ausfallen, wenn der Arbeitnehmer gemäß ArbVG seine Pflicht verletzt. Da weder die Kündigung vor Jahresende noch der letzte Platz beim Ranking mit der Pflichtverletzung gleichbedeutend ist, weichen die zwei oben genannten Klauseln von der gesetzlichen Vorschrift ab und verstoßen sie gegen Äquivalenzprinzip. Darum sind sie gemäß § 39 S. 1 (§ 496 S. 2 ZGB) unwirksam. Demgegenüber bleiben solche Klauseln bei Jahresabschlussleistung weiter wirksam, die an Unternehmenserfolg anknüpft.

II. Überstundenvereinbarung

Überstunden, auch Mehrarbeit genannt, beschreiben vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitszeit, welche die gesetzliche Regelarbeitszeit überschreitet. Die maximale Grenze für Überstunden ist in § 41 ArbG geregelt. Demnach beträgt die tägliche Höchstmehrarbeitszeit drei Stunden. Auf den Monat ist eine Beschränkung auf maximal 36 Überstunden vorgesehen. Eine Kompensation von Überstunden soll gemäß § 44 ArbG durch Bezahlung oder

⁴⁵⁴ Zhang vs. Beijing Wanpurui Energy Technology GmbH, Urteil vom Beijing ersten mittleren Volksgericht am 09. 05. 2019, Akz. Nr.: (2019)京 01 民终 2006 号.

Freizeitausgleich erfolgen. Folglich ist eine Überstundenvereinbarung, welche die gesetzlich zulässige Höchstmehrarbeitszeit überschreitet, wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht unwirksam. Beispielweise ist eine Überstundenvereinbarung, die eine tägliche Erbringung von zwei Überstunden vorsieht, gemäß § 41 ArbG unwirksam, weil mit ihr der Arbeitnehmer monatlich etwa 44 Überstunden machen soll.

Die vom Arbeitgeber vorformulierende Vereinbarung über die Erbringung von Überstunden, deren Zahl die zulässige Höchstmehrarbeitszeit nicht überschreitet, unterliegt keiner Angemessenheitskontrolle nach § 496 S. 2 ZGB. Denn die Arbeitszeit als Hauptkondition ist von der Inhaltskontrolle ausgeschlossen. Würde aber dafür die Transparenzkontrolle gelten, wäre eine Vertragsklausel, welche die Erbringung von Überstunden regelt, nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag der Anlass und die Anzahl der zu leisten Überstunden ergibt.

III. Verbot der Diskussion über die Arbeitsvergütung

Nicht selten enthält die BAO des Arbeitgebers eine Klausel, wonach sich der Arbeitnehmer verpflichtet, sich nicht mit den Kollegen über seine eigene Arbeitsvergütung auszutauschen. Das Wuxi mittlere Volksgericht hielt eine solche Klausel für unwirksam.⁴⁵⁵ Dies verdient der Zustimmung. Richtig hat das Gericht in seinem Urteil hingewiesen, dass der Arbeitslohn gemäß § 46 ArbG nach dem Prinzip, gleicher Lohn für gleiche Arbeit, gezahlt werden muss. Dies setze aber einen Informationsaustausch voraus. Daher weicht ein solches Verbot von den wesentlichen Grundgedanken des § 46 ArbG ab und eine unangemessene Benachteiligung liegt vor. Auch die Behauptung des Arbeitgebers, dass der Betriebsfrieden durch die Diskussion gestört werden könnte, kann diese Vermutung nicht widerlegen. Denn der Betriebsfrieden wird nur dadurch gestört, dass der Arbeitnehmer den Arbeitslohn seines Kollegen ohne sein Einverständnis öffentlich bekannt macht und es zur Diskussion stellt. Aus diesem Grund hält das Verbot der Inhaltskontrolle nicht stand.

⁴⁵⁵ Liu vs. Tianlong Firma, Urteil vom Wuxi (Jiangsu Provinz) mittleren Volksgericht am 5.7. 2013. Akz. Nr. : (2013) 锡民终字第 0543 号. Veröffentlicht wird das Urteil auch in: OVG, Ausgewählte Urteile der Volksgerichte Vol. 2 2014.

IV. Vereinbarung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

1. Vereinbarung über die Ansprüche aus Arbeitsverhältnis

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden oft gesonderte Vereinbarungen getroffen. Hiervon sind Ansprüche auf Arbeitslohn, auf Entschädigung wegen Arbeitsunfälle bzw. Berufskrankheiten⁴⁵⁶ und Ansprüche auf Zahlung einer Kündigungsabfindung, welche von den gesetzlichen Vorschriften abweichen betroffen.⁴⁵⁷

Weicht eine Klausel in der Vereinbarung vom zwingendem Recht ab, ist sie von vornherein unwirksam. Dies gilt etwa für eine Klausel, wonach die Höhe des monatlichen Arbeitsgehalts die Höhe des Mindestlohns unterschreitet. Demgegenüber sind gemäß Art. 10 der dritten Auslegung der Rechtsvorschriften bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten⁴⁵⁸ die Klauseln wirksam, die eine niedrigere Höhe der Kündigungsabfindung oder des Schadenersatzes wegen eines Arbeitsunfalles im Vergleich zu den gesetzlichen Regelungen vorschreiben.

Solche Schlussfolgerungen beruhen darauf, dass eine solche Kündigungsabfindung individual vereinbart worden ist. Häufig dürfte dies nur der Ausnahmefall sein. Vielmehr werden solche Klauseln vom Arbeitgeber vorformuliert und vom Arbeitnehmer ohne Widersprüche unterzeichnet, damit er reibungslos den Arbeitsplatz wechseln kann. Solche Klauseln unterliegen dann der Angemessenheitskontrolle, ob sie den Arbeitnehmer im Sinne des § 496 S. 2 CVG unangemessen benachteiligen. Hierbei ist der gesamte Vereinbarungsinhalt zu betrachten. Sodann indiziert die Verringerung einer Kündigungsabfindung oder eines Schadenersatzes ohne kompensatorische

⁴⁵⁶ Gemäß den Vorschriften der Vorschriften über Arbeitsunfallversicherung erbringt der Unfallversicherungsträger alle medizinischen und außermedizinischen Leistungen zur Rehabilitation bzw. die Rentenleistungen. Zählt der Arbeitgeber Beiträge zur Unfallversicherung nicht, muss er nach § 60 der Vorschriften über Arbeitsunfallversicherung dem Arbeitnehmer Entschädigung zahlen. Die Höhe der Entschädigung wird nach der sog. „Differenzhypothese“ berechnet. Der Hypothetische Lage ist in der Weise zu bestimmen, welche Leistungen der Arbeitnehmer von dem gesetzlichen Unfallversicherungsträger erbracht würde, wenn der Arbeitgeber die Beiträge zur Unfallversicherung gezahlt hätte. Der Inhalt des § 60 der Vorschriften über Arbeitsunfallversicherung sieht im Anhang.

⁴⁵⁷ DU Wanhua/WANG Linqing, The People's Judicature 19/2010, 15, 17.

⁴⁵⁸ Diese abstrakte justizielle Auslegung wird vom OVG am 14. 09. 2010 erlassen. Chinesischer Name: 关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）. Der Inhalt des § 10 sieht man im Anhang.

Gegenleistung des Arbeitgebers die unangemessene Benachteiligung. Demgegenüber könnte eine solche Verringerung wirksam sein, wenn damit auch ein Verzicht von arbeitgeberseitigen Ansprüchen verbunden ist.

2. Klageverzichtvereinbarung

Häufig bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen sind auch Vereinbarungen zur Durchführung von Schiedsverfahren anzutreffen, um so auf eine Klage vor staatlichen Gerichten zu verzichten. Grundsätzlich hielt das OVG solche Vereinbarungen für zulässig.⁴⁵⁹ Meines Erachtens sollten auch diese Klauseln der Angemessenheitskontrolle gemäß § 496 S. 2 ZGB unterliegen, wenn sie von dem Arbeitgeber einseitig formuliert wird. Denn sie weichen von der gesetzlichen Regelung des § 79 ArbG bzw. § 5 Gesetz zur Schlichtung- und Schiedsverfahren bei Arbeitsstreitigkeiten (im Folgenden: GSVA)⁴⁶⁰ ab. Bei Klageverzichtvereinbarung stellt eine Benachteiligung des Interesses des Arbeitnehmers insofern dar, als dadurch Rechtsmittel gegen einen wirksamen Schiedsspruch ausgeschlossen wird. Heutzutage hat dieses Rechtsmittel für die chinesischen Arbeitnehmer eine besondere Bedeutung: Es besteht gewissermaßen die Möglichkeit, dass die umstrittenen Fragen im Schiedsspruch nicht zufriedenstellend gelöst werden. Denn eine Vielzahl von Schiedsrichtern verfügen über keine oder nicht ausreichende rechtsmethodischen Fähigkeiten, die einschlägigen Rechtsvorschriften aufzufinden, auszulegen und methodisch sauber anzuwenden.⁴⁶¹ Nur wenn der Verzicht auf die Erhebung einer Klage auf Grund einer kompensatorischen Gegenleistung erfolgt, könnte sich eine solche Benachteiligung als angemessen erweisen und die Klageverzichtvereinbarung wirksam sein.

3. Gerichtsstandsvereinbarung

Die örtliche Zuständigkeit für arbeitsrechtliche Fälle wird in der Auslegung zu einigen Fragen über die Rechtsanwendung bei Arbeitsstreitigkeiten geregelt.⁴⁶²

⁴⁵⁹ 1. *Zivilsenat des OVG*, Anleitung für Entscheidung bei arbeitsrechtlichen Fällen, 313. Befürwortet auch von: *ZHANG Yaqiong*, *The People's Judicature* 12/2012, 78, 80.

⁴⁶⁰ Gemäß § 79 ArbG und § 5 GSVA kann eine Arbeitsvertragspartei direkt bei der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten ein Schiedsverfahren beantragen, wenn es zu einer Arbeitsstreitigkeit gekommen ist. Wer sich dem Schiedsspruch nicht unterwirft, kann beim Volksgericht Klage erheben.

⁴⁶¹ *SHEN Jianfeng/JIANG Ying*, *Law Science* 4/2019, 146, 151.

⁴⁶² Diese Auslegung wird vom OVG am 16. 04. 2001 erlassen und tritt seit 30. 04. 2011 ins Kraft. Chinesischer Name: 关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释.

Gemäß Art. 8 dieser Auslegung ist das Volksgericht zuständig, in dessen Bezirk der Wohnsitz des Arbeitgebers liegt oder das Arbeitsvertrag erfüllt wird. Stimmt der Wohnsitz des Arbeitgebers mit dem Erfüllungsort des Arbeitsvertrags nicht überein, wird oft im Arbeitsvertrag ein einziger Gerichtsstand für einen künftigen Rechtsstreit vereinbart. Mit dieser Vereinbarung wird zugleich das andere zuständige Volksgericht ausgeschlossen.⁴⁶³

§ 25 des Zivilprozessgesetzes der VR China (im Folgenden: CZPG) besagt, dass die Vertragsparteien eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen können. Da das CZPG auch für Arbeitsvertrag gilt, verstößt eine Vereinbarung über zuständiges Gericht nicht gegen zwingendes Recht. Allerdings unterliegt eine vom Arbeitgeber vorformulierte Gerichtsstandsvereinbarung der AGB-Kontrolle, insbesondere der Angemessenheitskontrolle.

Die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung hängt also davon ab, ob sie den Arbeitnehmer im Sinne des § 496 S. 2 ZGB unangemessen benachteiligt. Bei einer solchen Vereinbarung wird das Recht des Arbeitnehmers ausgeschlossen, ein Gericht aus zwei gesetzlich zuständigen Gerichten auszuwählen. Insofern benachteiligt die Vereinbarung das Interesse des Arbeitnehmers. Die Vereinbarung ist aber nur gemäß § 496 ZGB unwirksam, wenn die Benachteiligung unangemessen ist. Eine unangemessene Benachteiligung liegt vor, wenn die Vereinbarung dem Arbeitnehmer die Erhebung einer Klage erschwert. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das vereinbarte zuständige Gericht weit vom Erfüllungsort des Arbeitsvertrages oder vom Wohnort des Arbeitnehmers entfernt ist.

⁴⁶³ Vgl. Chen Zhanquan vs. Wuhan Aidemeng GmbH, Akz. Nr. : (2014) 三中民终第 10006 号. Sachverhalt: Am 11.05.2011 haben der Kläger (Chen Zhanquan) und die Beklagte einen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Demnach wird die Arbeitsleistung von dem Kläger in Chaoyang, Beijing erfüllt. Der Arbeitsvertrag enthält eine von der Beklagte vorformulierte Gerichtsstandsvereinbarung. Die besagt, dass das Volksgericht, in dessen Bezirk der Wohnsitz der Beklagte (Caidian, Wuhan) liegt, für die künftige Klage zuständig ist. Wegen der Streitigkeit über Kündigungsabfindung erhob der Kläger bei Beijing Chaoyang Gericht eine Klage. Von der Beklagte wurde Einwand gegen die Zuständigkeit des Gerichts erhoben. Als Begründung führte die Beklagte aus, dass mit der Gerichtsstandsvereinbarung das Beijing Chaoyang Gericht abgewählt wird. Das Beijing Chaoyang Gericht hielt die Vereinbarung aber für unwirksam. Die Begründung liegt darin, dass Beijing ist der Ort, wo der Kläger wohnt und der Arbeitsvertrag erfüllt worden ist. Müsse der Kläger bei dem Wuhan Caidian Gericht die Klage erheben, wäre das Prozess für ihn sehr zeitaufwendig. Dies würde dem Kläger zum Verzicht auf die Klage zwingen.

Teil IV. Zukünftige Entwicklung der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle in China – unter Berücksichtigung auf die Rechtsentwicklung in Deutschland

A. AGB-rechtliche Frage bei „Bottom-up“ Kollektivverträge in der Zukunft

I. Prognostizierte Entwicklung der Kollektivverträge in der Zukunft

1. Kategorie der Kollektivverträge unter dem Gesichtspunkt der Rechtsdogmatik

Als ein Rechtsbegriff tritt der kollektive Vertrag in § 33 Arbeitsgesetz (1994) zum ersten Mal in Erscheinung. Durch diese Einfügung können die Beschäftigten eines Betriebs mit dem Betrieb einen Kollektivvertrag schließen. Darin können sie Regelungen über das Arbeitsentgelt, die Arbeitszeit, Ruhezeiten und Urlaub, Arbeitssicherheit und Gesundheit, Versicherung und Sozialleistungen und weitere Themenbereiche abschließen. Der Kollektivvertrag wird von der Gewerkschaft⁴⁶⁴ in Vertretung der Beschäftigten mit dem Unternehmen abgeschlossen. Bei Unternehmen, an denen keine Gewerkschaft errichtet worden ist, wird er von den von den Beschäftigten gewählten Vertretern mit dem Unternehmen abgeschlossen. Daraus folgt, dass Parteien eines betrieblichen Kollektivvertrags alle Arbeitnehmer und der Betrieb sind. Insoweit gilt er automatisch für alle im Betrieb tätigen Arbeitnehmer. In § 51, § 52 und § 54 S. 2 ArbVG wird dies fortgeführt.

Neben dem betrieblichen Kollektivvertrag sieht § 53 ArbVG den Branchen- und Flächenkollektivvertrag vor. Dieser wird von der Bezirks- oder Branchengewerkschaften mit den jeweiligen Arbeitgebervertretern abgeschlossen wird. Genauso wie der betriebliche Kollektivvertrag, bindet der

⁴⁶⁴ a. a. o. Fn. (278)

Branchen- oder Flächenkollektivvertrag gemäß § 54 S. 3 ArbVG die Betriebe und Arbeitnehmer, die sich in dieser Branche oder Fläche befinden.⁴⁶⁵

2. Kategorie der Kollektivverträge unter dem Gesichtspunkt der industriellen Beziehung

Anders als in der Rechtswissenschaft, werden Kollektivverträge im Bereich der Wissenschaft der industriellen Beziehung „Top-down“ und „Bottom-up“ Kollektivverträge unterteilen, je nachdem, wer das Verhandeln über Kollektivvertrag initiiert.⁴⁶⁶

a. Die „Top-Down“ Kollektivverträge

Bis Anfang des 21. Jahrhunderts hatte der Kollektivvertrag in der Praxis kaum Bedeutung. Denn unter dem Einfluss der Privatisierung der Wirtschaft gewann die Freiheit der Unternehmerentscheidung an Bedeutung und die Gewerkschaften standen vor ihrer Marginalisierung.⁴⁶⁷

Seit Anfang des 21. Jahrhunderts versuchte der Allchinesische Gewerkschaftsbund (im Folgenden: ACGB) dann die Wende einzuleiten. Mehrmals erlässt der ACGB gegenüber den untergeordneten Gewerkschaften eine Anordnung, dass die Branchen- und Bezirksgewerkschaften den Arbeitnehmern und Unternehmen helfen sollen, Kollektivverträge abzuschließen. Das heißt, dass das Verhandeln der Kollektivverträge nicht von Arbeitnehmern bzw. ihren Vertretern, sondern von lokalen Branchen- und Bezirksgewerkschaften eingeleitet und durchgeführt wird. Die Gewerkschaften nehmen weniger die Position eines Vertreters der Arbeitnehmer ein und sind vielmehr eine Art staatlicher Koordinator. Ein unter einem solchen Modell zustande gekommener Vertrag wird im Schrifttum als „Top-Down“ Kollektivvertrag bezeichnet.⁴⁶⁸ Um diese Arbeit noch weiter voranzutreiben, haben der ACGB, das chinesische Ministerium für Arbeit und Soziales (im Folgenden: CMAS) sowie der chinesische Unternehmensbund im Jahr 2010 einen ambitionierten Plan zusammen aufgestellt. Nach diesem Plan

⁴⁶⁵ *Sheng Li*, S. 32 ff.

⁴⁶⁶ Vgl. *Li Chunyun*, Human Resources Development of China, 05/2014, 97 ff; *FENG Tongqing*, Maxisim & Reality 2/2012, 186, 191; *YANG Zhengxi/YANG Min*, Social Sciences in Guangdong 2013/4, 181, 189.

⁴⁶⁷ Vgl. *Chen*, Modern China 35(6), 662, 689; *WEN xiaoyi*, Human Resources Development of China, 2018/10, 97, 100.

⁴⁶⁸ Vgl. *WEN xiaoyi*, Human Resources Development of China, 2018/10, 97, 102.

sollen bis Ende 2012 80% aller Unternehmen einen Kollektivvertrag mit der jeweiligen Gewerkschaft abgeschlossen haben. Zur Verwirklichung des Ziels soll eine Reihe von Maßnahmen durch die lokalen Regierungen getroffen werden. Laut offiziellen Statistiken gab es bis Ende 2018 chinaweit rund 1,75 Millionen in Kraft getretene kollektive Verträge.⁴⁶⁹ Ein besonders erfolgreiches Beispiel des Branchenkollektivvertrags ist die kollektive Vereinbarung über den Arbeitslohn im Bereich der Gastronomie (Wuhan, Hubei Provinz). Dabei haben die Vertreter der einschlägigen Arbeitnehmer und der Arbeitgeber sich darüber geeinigt, die Höhe des Mindestlohns im Bereich der Gastronomie gegenüber dem gesetzlichen Mindestlohn⁴⁷⁰ um über 30% zu erhöhen.⁴⁷¹

Obwohl die Arbeitsbedingungen durch Kollektivverträge in den Einzelfällen verbessert worden sind, bewirken die weit verbreiteten Kollektivverträge meistens keine deutliche Verbesserung der Arbeitsbedingungen, zumindest nicht so deutlich wie geplant.⁴⁷² Nicht selten enthält ein Kollektivvertrag bloß deklaratorische gesetzliche Regelungen und spielt tatsächlich keine Rolle (Scheinkollektivvertrag). Der Hauptgrund, einen „Scheinkollektivvertrag“ abzuschließen, besteht darin, dass die lokalen Branchen- und Bezirksgewerkschaften weder von ihrem Vertragspartner noch vom Staat unabhängig sind. Obwohl es im Gewerkschaftsgesetz zwingend vorgesehen ist, werden die Mitglieder einer Bezirksgewerkschaft normalerweise nicht von den Mitgliedern der Betriebsgewerkschaften frei gewählt, sondern von der Unternehmensführung, den ihr übergeordneten Gewerkschaften oder der Partei direkt nominiert. Das Gleiche gilt auch für die Betriebsgewerkschaftsführer. In dieser Situation hat ein Teil der Gewerkschaften keine Motivation, sich bei dem Abschluss des

⁴⁶⁹ *Ministerium für Humanressourcen und Sozialversicherung der VR China*, Amtsblatt für die aktuelle Entwicklung der Humanressourcen und Sozialversicherung 2018. Abrufbar unter: <http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zwgk/szrs/tjgb/201906/W020190611539807339450.pdf> (30.3.2020).

⁴⁷⁰ In China unterscheidet sich die Höhe der Mindestlohn vom Provinz zum Provinz. Alle paar Jahre müssen der Amt für Arbeit und Sozialversicherung und Gewerkschaft jeder Provinz den Mindestlohn aktualisieren. Dabei haben sie jedoch die Flexibilität, die Löhne an die lokalen Verhältnisse anzupassen.

⁴⁷¹ *XIE Yuhua*, *Comparative Economics & Social Systems* 5/2012, 55 ff.

⁴⁷² Vgl. *WEN xiaoyi*, *Human Resources Development of China* 10/ 2018, 97, 103; *LI Chunyun*, *Human Resources Development of China* 05/2014, 97, 99; *WU Qingjun*, *Sociological Studies* 3/2012, 66, 78.

Kollektivvertrags um eine bessere Arbeitsbedingung des Arbeitnehmers zu bemühen.⁴⁷³

b. Die „bottom-up“ Kollektivverträge

Gleichzeitig finden immer mehr Arbeitsniederlegungen und andere Protestmaßnahmen auf der Betriebsebene statt, die von Arbeitnehmer selbst organisiert und durchgeführt werden. Laut der Statistik von CLB⁴⁷⁴ nahm die Zahl der Protestmaßnahmen der selbst organisierten Arbeitsbewegung von 2011 bis 2016 stark zu. Während es 2011 nur 184 Streiks gab, ist die Zahl des Streiks 2016 auf 3.922 gestiegen. Für 2017, 2018 und 2019 hat CLB genau 2962, 1704 und 1389 Streiks zusammengetragen. Dabei wurden einige Unternehmen gezwungen, mit den Vertretern der streikenden Arbeitnehmer zu verhandeln, um eine Eskalation des Konflikts zu vermeiden. Im Jahr 2018 und 2019 führten 94 und 76 Arbeitsbewegungen zum kollektiven Verhandeln.

II. Mögliche gewachsene Anzahl von „bottom-up“ Kollektivverträge

Eine empirische Untersuchung zeigt, dass die „bottom-up“ Kollektivverträge eine stärkere Auswirkung auf den Lohnanstieg als „top-down“ Kollektivverträge haben.⁴⁷⁵ Daraus kann man ableiten, dass der Interessenausgleich zwischen den Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber besser durch Gewährung von Tarifaufonomie, als durch staatlichen Eingriff gelöst werden kann.⁴⁷⁶ Wegen des staatlichen Eingriffs ist Anzahl von der Streiks und „bottom-up“ Kollektivverträge von 2017 bis 2019 deutlich gesunken.⁴⁷⁷ In der Zukunft ist jedoch auch möglich, dass die Zahl von „bottom-up“-Kollektivverträgen wieder zunehmen wird.⁴⁷⁸ Deshalb ist es sinnvoll, solche Kollektivverträge unter dem Gesichtspunkt der AGB-Kontrolle zu analysieren. Würde eine AGB-

⁴⁷³ So auch *LI Chunyun*, Human Resources Development of China 05/2014, 97, 99.

⁴⁷⁴ China Labour Bulletin (CLB) ist eine Nichtregierungsorganisation, die sich für die Rechte der Arbeitnehmer in der Volksrepublik China einsetzt. CLB erstellte eine Datenbank mit Streike der Arbeitnehmer in Festland China. Ausführlichere Information zu der Streike findet sich in: <https://clb.org.hk/>.

⁴⁷⁵ *XIE Yuhua*, Comparative Economics & Social Systems 5/2012, 55, 59.

⁴⁷⁶ *XIE Yuhua*, Comparative Economics & Social Systems 5/2012, 55, 59.

⁴⁷⁷ *Kevin Lin*, The end of China's labour reform? (Internet: <https://www.eastasiaforum.org/2019/08/27/the-end-of-chinas-labour-reform/>.)

⁴⁷⁸ *Luo/Tao*, Moderated Mobilization: A New Model of Enterprise-level Collective Bargaining in South China.

Klausel inhaltlich in einem solchen Kollektivvertrag wiederholt, ist dieser Inhalt der AGB-Kontrolle entzogen. Denn bei Kollektivverträgen wird davon ausgegangen, dass dieser von gleichberechtigten Parteien ausgehandelt wird. Damit geht einher, dass die Angemessenheit der Inhalte vermutet wird. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass der Arbeitgeber eine Bezugnahmeklausel in einem Arbeitsvertrag verwendet, die auf einen Kollektivvertrag aus einem anderen Betrieb in derselben Branche verweist. Für letzteren Fall bleibt fraglich, inwieweit eine AGB-Kontrolle doch Anwendung findet.

III. AGB-Kontrolle bei Bezugnahmeklausel auf den Kollektivvertrag aus einem anderen Betrieb

1. Bezugnahme als „überraschende Klausel“?

In Bezug auf AGB-Kontrolle der Bezugnahmeklausel stellt sich zunächst die Frage, ob die in Bezug genommen Regelungen des Kollektivvertrags überhaupt in den geschlossenen Arbeitsvertrag einbezogen werden können. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine ungewöhnliche Bezugnahmeklausel vorliegt. Hiermit braucht der Arbeitnehmer nicht zu rechnen, es sei denn, er wird hierauf ausdrücklich oder durch besondere Hervorhebung im Arbeitsvertrag hingewiesen.

In Bezug auf eine AGB-Kontrolle der Bezugnahmeklausel stellt sich zunächst die Frage, ob die in Bezug genommenen Regelungen des Kollektivvertrags überhaupt in den geschlossenen Arbeitsvertrag einbezogen werden können. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn eine ungewöhnliche Bezugnahmeklausel vorliegt. Hiermit braucht der Arbeitnehmer nicht zu rechnen, es sei denn, er wird hierauf ausdrücklich oder durch besondere Hervorhebung im Arbeitsvertrag hingewiesen.

Die Ungewöhnlichkeit der Bezugnahmeklausel könnte sich sowohl aus ihrer Stelle im Vertrag, als auch aus ihrem Inhalt ergeben, welcher von den Erwartungen des Arbeitnehmers deutlich abweicht. Bei Letzteren hängt die Ungewöhnlichkeit davon ab, ob die arbeitsvertragliche Verweisung auf einen Kollektivvertrag aus einem bestimmten Betrieb weit verbreitet ist. Würde ein betrieblicher Kollektivvertrag auf die Dauer als Vorbild in der einschlägigen

Branche qualifiziert werden und wäre die Verweisung auf ihn weit verbreitet, könnte die Verweisungsklausel nicht als ungewöhnliche Klausel angenommen werden. Demgegenüber läge eine ungewöhnliche Verweisungsklausel vor, die auf einen ganzen fremden Kollektivvertrag verweist.

2. Unklarheitenregel bei der Bezugnahme auf Kollektivvertrag aus einem anderen Betrieb?

Die Bezugnahme auf einen Kollektivvertrag könnte mehr oder weniger weit abgefasst sein. Bei einer statischen Bezugnahmeklausel findet auf das Arbeitsverhältnis nur ein betrieblicher Kollektivvertrag in einer bestimmten Fassung Anwendung. Weiter gefasst könnte eine Bezugnahme in zeitlicher Hinsicht dynamisch erfolgen. Sie bezieht sich auf einen bestimmten, konkret bezeichneten betrieblichen Kollektivvertrag in der jeweils gültigen Fassung. Ist die Tragweite der Verweisung zweifelhaft, soll das nach § 498 ZGB zu Lasten des Arbeitgebers gehen. Dabei muss geprüft werden, welche Fassung eigentlich zu Gunsten und welche zu Lasten des Arbeitnehmers geht. Steht beispielsweise dem Arbeitnehmer nach der aktuellen Fassung eine höhere Arbeitsvergütung zu, soll eine dynamische Bezugnahme gewählt werden. Dies würde für den Arbeitnehmer vorteilhaft sein, insbesondere wenn das Arbeitsverhältnis bei der Geltendmachung der Ansprüche bereits beendet ist.

Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer durch eine dynamische Bezugnahme benachteiligt wird. Denn die neuen Tarifverträge könnten ebenfalls für die Arbeitnehmer ungünstigere Regelungen enthalten. Deshalb ist es beim Beurteilungszeitpunkt schwierig abzusehen, ob eine dynamische Bezugnahme mit der weiteren Entwicklung des Kollektivvertrags dem Arbeitnehmer immer vorteilhafter ist, als die statische Verweisung. Dies wäre der Fall, wenn die Vertragsparteien im Rahmen eines Feststellungsantrags darüber streiten würden, ob auf das nach der Klage noch fortbestehende Arbeitsverhältnis ein Kollektivvertrag in der jeweiligen oder in einer bestimmten gültigen Fassung Anwendung finden soll.

Ein ähnliches Problem wird ebenfalls im Teil der deutschen Literatur diskutiert. In der deutschen Literatur wird vertreten, dass die Arbeitsbedingungen, insbesondere die Arbeitsvergütungen, durch die aktuelle Fassung des

verwiesenen Tarifvertrags im Regelfall sich verbessern und nur im Ausnahmefall verschlechtern.⁴⁷⁹ Aufgrund dessen geht das BAG im Zweifel von einer dynamischen Bezugnahme auf die tariflichen Regelungen aus.⁴⁸⁰ Im Vergleich dazu wird teilweise eine andere Lösungsmöglichkeit diskutiert, nämlich, ob dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zustehen soll.⁴⁸¹ Sodann kann der Arbeitnehmer bei einer unklaren Formulierung der Bezugnahmeklauseln zwischen einer statischen und dynamischen Auslegung wählen. Bei dieser Lösungsmöglichkeit soll die Unklarheitenregel § 305c Abs. 2 BGB nicht eingreifen, weil ein solches Wahlrecht im Widerspruch zu § 305c Abs. 2 BGB stünde.⁴⁸²

Meines Erachtens zielt die Unklarheitenregel im Rahmen der AGB-Kontrolle darauf ab, die Klauseln möglichst genau und unmissverständlich zu formulieren.⁴⁸³ Dieser Zweck kann nur dadurch erreicht werden, dass der Verwender der Klauseln das Risiko eines für ihn ungünstigen Auslegungsergebnisses trägt. Wenn die Beurteilung, welches Auslegungsergebnis zu Gunsten des Arbeitnehmers geht, wegen unabsehbaren weiteren Entwicklungen des Kollektivvertrags unmöglich ist, tritt die Unklarheitenregel außer Funktion. Als eine Lösungsmöglichkeit kommt das Wahlrecht des Arbeitnehmers in Betracht. Sodann kann sich der Arbeitnehmer anhand seiner Vertragsfrist, seinem Berufsplan usw. entscheiden, ob die Bezugnahme statisch oder dynamisch erfolgen soll. Nach der Entscheidung kann sich das Ergebnis nicht mit der weiteren Entwicklung des Kollektivvertrags und der Wirtschaftslage wandeln.

Zusammengefasst könnte die Unklarheitenregel eine befriedigende Lösung bieten, wenn die Bezugnahmeklausel in zeitlicher Hinsicht nicht eindeutig formuliert ist. Voraussetzung dafür ist aber, dass beim Beurteilungszeitpunkt ein Auslegungsergebnis für den Arbeitnehmer günstiger ist. Ist aber dies nicht vorhersehbar, ist dem Wahlrecht des Arbeitnehmers der Vorzug zu geben.

⁴⁷⁹ BAG, NZA 2006, 202; *Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Rn. 198; *Willemsen*, S. 121

⁴⁸⁰ BAG, NZA 2006, 202; NZA 2006, 634, 635; NZA 2008, 179, 180; NZA 2010, 510, Rn. 14; NZA 2011, 109, Rn. 16; NZA 2012, 396, Rn. 16.

⁴⁸¹ *Giesen*, NZA 2006, 625, 627; *Klebeck*, NZA 2006, 15, 17; *Seitz/Werner*, NZA 2000, 1257.

⁴⁸² *Giesen*, NZA 2006, 625, 627.

⁴⁸³ So auch: *Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Fn. 198.

3. Auf welchen Kollektivvertrag wird verwiesen?

Bei der Bezugnahmeklausel könnte der Arbeitnehmer durch den intransparenten Inhalt daran gehindert sein, seine Rechte wahrzunehmen. Vor allem könnte eine Bezugnahmeklausel dem Arbeitnehmer unklar und nicht verständlich abgefasst sein. Das könnte zur Folge haben, dass der Arbeitnehmer nicht weiß, aus welchem Kollektivvertrag sich seine Rechte und Pflichten ergeben. Dies wirft die Frage auf, inwieweit der Arbeitgeber eine Bezugnahmeklausel nach dem Transparenzgebot formulieren soll. Da dieselbe Frage auch in Deutschland stellt wird, ist es denkbar, den Lösungsansatz im deutschen Recht zu finden.

Im deutschen Recht unterliegen die Vertragsbedingungen, welche sich auf einen Tarifvertrag beziehen (insbesondere aber die Globalverweisung), einer Transparenzkontrolle. Dies wird begründet mit einer systematischen Auslegung von §310 Abs. 4 Nr. 3 in Verbindung mit § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und der Gesetzgebung.⁴⁸⁴ Bei der Globalverweisung auf Tarifnormen ist in der Regel unstreitig, die Wirksamkeit der Verweisklausel für sich genommen am Transparenzgebot zu messen.⁴⁸⁵ Deshalb erfüllen die Bezugnahmeklauseln im Fall der Tarifpluralität die Anforderung an das Transparenzprinzip nicht, wenn sie nur pauschale Verweisungen enthalten wie „die Tarifverträge der X-Branche “ oder „die im Betrieb anwendbaren Tarifverträge“.⁴⁸⁶

Dieser Ansatzpunkt kann auf die chinesische Transparenzkontrolle der Globalverweisung übertragen werden. Der chinesische Arbeitgeber muss den Namen und Datum eines Kollektivvertrags genau in der Bezugnahmeklauseln erwähnen, sodass der Arbeitnehmer wissen kann, durch welchen Kollektivvertrag seine Rechte und Pflichten geregelt werden.

⁴⁸⁴ BT-Drucks. 14/6857, S. 54: >> In Satz 3 der Neufassung von § 310 IV BGB-RE wird klargestellt, dass Tarifverträge... Rechtsvorschriften i. S. § 307 III 3 BGB-RE gleichstehen. Daraus folgt, dass auch Einzelarbeitsverträge, die Bezug auf einen Tarifvertrag nehmen, ohne dass eine beiderseitige Tarifbindung besteht oder mit Kollektivverträgen übereinstimmen und lediglich deren gesamten Inhalt wiedergeben, ebenfalls nicht der Inhaltskontrolle, sondern nur am Transparenzgebot zu messen sind.

⁴⁸⁵ Vgl. *Thüsing/Lambrich*, NZA 2002, 1361, 1364; *Witt*, NZA 2004, 135, 138; *Däubler*, NZA 2001, 1329, 1336; *Schlewing*, NZA Beilage 2/2012, 33, 39; *Stoffels*, ZfA 2009, 861ff.; BAG, Urt. V. 21. 10. 2009 – 4 AZR 880/07, BeckRS 2010, 72, 842.

⁴⁸⁶ *Richardt/Bayreuther*, Kollektives Arbeitsrecht, S. 75.

4. Unterliegen der in Bezug genommene Kollektivvertrag der Inhaltskontrolle?

Wie oben dargestellt, ist der betriebliche Kollektivvertrag ein Vertrag zwischen Arbeitgeber und der Interessenvertreter des Arbeitnehmers. Der begründet nicht nur die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern auch formuliert die auch (wie ein Gesetz) verbindliche Normen für alle Arbeitnehmer eines Betriebes. In diesem Zusammenhang ist die Rechtsnatur des betrieblichen Kollektivvertrags in China nicht anders als die der Betriebsvereinbarung in Deutschland. Es ist also denkbar, auf die Inhaltskontrolle der Bezugnahme auf Betriebsvereinbarung im deutschen Recht einzugehen. Bezieht der Arbeitsvertrag eine Betriebsvereinbarung eines anderen Betriebs ein, greift die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB nach der herrschenden Meinung nicht ein, so dass die verwiesenen Regelungen der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen.⁴⁸⁷ Denn fehlt es an der nötigen Richtigkeitsgewähr.⁴⁸⁸ Nach dem deutschen Rechtsverständnis besteht die Richtigkeitsgewähr nur innerhalb seines Geltungsbereichs. In anderen Gebieten und Branchen können die Verhältnisse so unterschiedlich sein, dass die Parteien dort eine ganz andere Regelung getroffen hätten.⁴⁸⁹

Dieser Grundgedanken könnte grundsätzlich auf das chinesische Recht übertragen werden. Sodann würde ein in Bezug genommenes Betriebskollektivvertrag der Inhaltskontrolle nach §§ 496, 497 ZGB unterliegen. Zu beachten ist aber jedoch, dass ein Kollektivvertrag aus einem Betrieb insoweit von einem anderen verwiesen würde, als er arbeitnehmerfreundliche Regelungen enthält und eine vorbildliche Rolle in einer Branche oder einem Gebiet spielt. Dieser Umstand könnte sich bei der Inhaltskontrolle zu Gunsten ihrer Wirksamkeit auswirken.

⁴⁸⁷ *Diehn*, NZA 2004, 129, 131; *Däubler*, in: DBD § 310 BGB, Rn. 55; *Kreft*, in: CKK § 310 BGB, Rn. 80.

⁴⁸⁸ *Däubler*, in: DBD § 310 BGB, Rn. 55; *Singer*, RdA 2003, 194, 198; *Diehn*, NZA 2004, 129, 131.

⁴⁸⁹ *Däubler*, in: DBD § 310 BGB, Rn. 55.

B. AGB-rechtliche Fragen bei einer Vereinbarung über den Arbeitslohn für normale Arbeitszeit

I. Fragestellung

§ 44 ArbG schreibt vor, dass die Überstundenzuschläge aufgrund des Arbeitslohns für normale Arbeitszeiten berechnet werden.⁴⁹⁰ Aus welchen Vergütungsbestandteilen ein solcher Arbeitslohn besteht, wird durch gesetzliche Vorschriften nicht geregelt. Aus der Sicht vieler Praktiker erfolgt die Festlegung des Arbeitslohns für die normale Arbeitszeit zunächst nach der Vereinbarung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber.⁴⁹¹ Treffen die Vertragsparteien keine Vereinbarung, wird der Arbeitslohn für die normale Arbeitszeit sodann nach den Regelungen entweder in lokalen Rechtsnormen⁴⁹² oder in Beantwortungen bzw. Ansichten oberer Volksgerichte⁴⁹³ festgelegt, welche vom Ort zum Ort unterschiedlich sind. Zwar sind solche Vereinbarungen zurzeit noch nicht weit verbreitet, könnten aber in Zukunft von Arbeitgebern intensiver genutzt werden. Der Arbeitgeber könnte also mithilfe einer AGB-Klausel die Zusammensetzung der Vergütungsbestandteile des Arbeitslohns für die normale Arbeitszeit gestalten. Der Ausgestaltungsspielraum des Arbeitgebers muss aber der Inhaltskontrolle standhalten. Zunächst verlangt

⁴⁹⁰ § 44 ArbG schreibt vor, wenn einer der folgenden Umstände vorliegt, muss die Arbeitgeber nach den folgenden Normen ein Arbeitsentgelt über dem Lohn für die normale Arbeitszeit des Arbeitenden auszahlen, und zwar: 1. Für Überstunden mindestens 150% des Lohnes, 2. wenn für Arbeit des Arbeitenden an Ruhetagen keine andere Ruhezeit gewährt werden kann, mindestens 200% des Lohnes, 3. wenn der Arbeitende an gesetzlichen Feiertagen zur Arbeit eingeteilt wird, nicht unter 300% des Lohnes.

⁴⁹¹ 1. *Zivilsenat des OVG*, Anleitung für Entscheidung bei arbeitsrechtlichen Fällen, S. 148. Gefolgt auch von einem großen Teil der oberen Volksgerichte.

⁴⁹² Gemäß § 8 der Regeln über Zahlung des Arbeitsentgelts, Guangdong (《广东省工资支付条例》) gilt das von der Volksregierung auf Kreisebene, auf der sich der Arbeitgeber befindet, angekündigte durchschnittliche Monatsgehalt des Vorjahres wird als das monatliche Arbeitslohn für die normale Arbeitszeit angenommen, wenn die Arbeitsvertragsparteien keine Vereinbarung darüber getroffen haben. Ist das tatsächlich gewährte Arbeitsentgelt höher als das von der lokalen Regierung angekündigte durchschnittliche Monatsgehalt des Vorjahres, gilt das tatsächlich gewährte Arbeitsentgelt als Arbeitslohn für die normale Arbeitszeit als vereinbart. Dieser Regel wurde vom ständigen Ausschuss des Guangdong Volkskongress am 19.1.2005 erlassen und am 29.2.2016 letztlich geändert. Als eine der Rechtsquellen verfügt dieser Regel gemäß Gesetzgebungsgesetz eine Normqualität.

⁴⁹³ Beispiel: Artikel 22 Nr. 4 der Beantwortung von einigen Fragen über Rechtsanwendung bei arbeitsrechtlicher Streitigkeiten. (《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》) Dies besagt, dass die tatsächliche gewährte Vergütung als Berechnungsgrundlage herangezogen werden soll, wenn keine Vereinbarung über Arbeitslohn für normale Arbeitszeit getroffen wird. Zu der tatsächlichen gewährten Vergütung zählen Grundgehalt, Prämie und Zuschläge. Diese Beantwortung wurde von Beijing Oberem Gericht und Beijing arbeitsrechtlichem Schiedsgericht am 24.4.2017 zusammen erlassen.

das Transparenzgebot, dass der Umfang des Arbeitslohns für die normale Arbeitszeit dem Arbeitnehmer klar und erkennbar sein muss. Auch darf die Vereinbarung die Interessen des Arbeitnehmers nicht unangemessen benachteiligen. Für die Festlegung vom Umfang des Arbeitslohns für die normale Arbeitszeit gibt es verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten. Angesichts dessen sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden, die unterschiedlichen rechtlichen Bewertungen unterliegen.

II. Ausschluss der zugesagten Zuwendungen

Zwischen den Arbeitsvertragsparteien könnte vereinbart sein, dass die Überstundenzuschläge aufgrund der bestimmten Vergütungsbestandteile wie etwa dem monatlichen Grundgehalt und dem monatlichen leistungsbezogenen Bonus berechnet werden. Damit würde sonstige Vergütungsbestandteile, z. B. Fahrkosten und Essenszuschuss von dem Arbeitslohn für die normale Arbeitszeit ausgeschlossen, obwohl sie bereits in dem Arbeitsvertrag ausdrücklich zugesagt werden.

Hierbei steht der Ausschluss bereits in Widerspruch zu der Zusage. Denn dem Wortlaut nach stellt „der Arbeitslohn für normale Arbeitszeit“ sich eigentlich als die Gegenleistung des Arbeitgebers für die Arbeitsleistung dar, die vom Arbeitnehmer für den vereinbarten Arbeitszeitraum erbracht wird.⁴⁹⁴ Würde ein Vergütungsbestandteil nicht als Arbeitslohn für normale Arbeitszeit zugeordnet, wäre sie auch keine Gegenleistung der zu erbrachten Arbeitsleistung. Aus der ausdrücklichen Zusage könnte jedoch ein redlicher Arbeitnehmer ableiten, dass ihm der jeweilige zugesagten Entgeltbestandteil zustünde, wenn er seine Arbeitsleistung für den vereinbarten Arbeitszeitraum erbracht hätte. Angesichts dieses Widerspruchs verstößt eine solche Vereinbarung gegen das Transparenzgebot und ist damit unwirksam.

III. Beschränkung auf die in dem Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbarten Vergütungsteile

1. Beeinträchtigung des Vertrauensinteresses des Arbeitnehmers

In der zweiten Fallgruppe könnte der Arbeitgeber durch eine vorformulierte Klausel bestimmen, dass die Überstundenzuschläge aufgrund der zugesagten

⁴⁹⁴ *LI Haiming*, Science of Law 2013/05, 108, 117.

Vergütungsbestandteile berechnet werden. Zudem würden dem Arbeitnehmer zusätzliche Leistungen gezahlt, die keine vertragliche Grundlage haben. Dies gilt beispielsweise für den Fall, dass in dem Arbeitsvertrag nur Grundgehalt und leistungsbezogene Prämien ausdrücklich vereinbart werden. Zugleich gewährt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer monatlich Fahrtkosten und jährliches Festgeld.

Aufgrund des Verhaltens des Arbeitgebers könnte der Arbeitnehmer jedoch darauf vertrauen, dass er die nicht zugesagten Vergütungsbestandteile, die er dennoch regelmäßig bekommen hat, auch zukünftig erhalten wird. Wäre dieses tatsächliche Vertrauen schutzwürdig, dürfe der Arbeitnehmer auch erwarten, dass seine Überstundenzuschläge aufgrund der tatsächlichen gewährten Vergütungsbestandteile, nämlich der synallagmatischen Leistungen, berechnet wird. In diesem Zusammenhang würde das Vertrauensinteresse des Arbeitnehmers durch eine solche Vereinbarung beeinträchtigt, was zur einen unangemessenen Benachteiligung führen könnte. Unter diesem Gesichtspunkt hängt die Wirksamkeit der Vereinbarung eigentlich davon ab, inwieweit der Arbeitnehmer darauf vertrauen, dass die nicht zugesagten Vergütungsbestandteile als die Gegenleistung für seine normale Arbeitszeit geleistet werden.

2. Ähnliche Frage und Lösungsansätze im deutschen Recht

Eine ähnliche Frage stellt sich in Deutschland bei Freiwilligkeitsvorbehalten vor, die einen Rechtsanspruch auf künftige Zuwendungen ausschließen.⁴⁹⁵ Der Arbeitgeber behält sich mit der Nutzung solcher Klauseln die Entscheidung vor, ob und in welcher Höhe er künftig Zahlung gewährt.⁴⁹⁶ Bei der Inhaltskontrolle der Freiwilligkeitsvorbehalte handelt es sich darum, ob ein Arbeitnehmer auf eine künftige Zahlung einer bestimmten Zuwendung vertrauen darf, obwohl der Arbeitgeber sie zum Bestandteil der arbeitsvertraglichen überhaupt nicht machen will⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Vgl. BAG 6. 12. 1995 – 10 AZR 198/95, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 187; *Klumpp*, in: *Clemenz/Kreft/Krause*, § 307 BGB Rn. 193;

⁴⁹⁶ *Lakies*, S. 369;

⁴⁹⁷ *Singer*, in: *FS Canaris*, S. 1467, 1469.

Auf diese Frage haben weder die deutsche Rechtsprechung noch die Literatur eine abschließende Antwort gefunden. In seinem Urteil vom 27. 4. 2007⁴⁹⁸ stellte das BAG klar, der Arbeitnehmer könne in dem als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten Arbeitsverhältnis grundsätzlich auf die Beständigkeit der monatlich zugesagten Zahlung einer Vergütung, die nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft ist, vertrauen. Hierzu gehören nicht nur das monatliche Grundgehalt und die leistungsbezogene Arbeitsvergütung, sondern auch die Fahrkostenerstattung. Er erbringe im Hinblick hierauf seine Arbeitsleistung und stellt auch sein Leben darauf ein. Eine Klausel, wonach sich der Arbeitgeber vorbehalte, monatlich neu über die Vergütung zu entscheiden, sei insofern unwirksam, als sie von dem in § 611 BGB liegenden Grundgedanken des Arbeitsvertrags abweiche und in das vertragliche Synallagma eingreife⁴⁹⁹.

Eine explizite Begründung dafür, warum das Vertrauen auf die Beständigkeit des laufenden Entgelts schutzwürdiger als der Sonderzuwendungen wurde in dem Urteil vom 27. 4. 2007 nicht gegeben. Die These, dass Freiwilligkeitsvorbehalte nur bei Sonderzuwendungen zulässig sind, hat dennoch Zustimmung erfahren.⁵⁰⁰ Dieser Unterschied kann sich mit der Lehre von Vertrauenshaftung überzeugend begründen lassen.⁵⁰¹ Im System der Vertrauenshaftung ist das Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage und auf konsequentes Verhalten im rechtsgeschäftlichen Verkehr schutzwürdig.⁵⁰² Weil der Arbeitgeber wiederholt eine bestimmte Leistung erbringe, dürfe der Arbeitnehmer auf eine konsequente Zahlung auch in der Zukunft vertrauen.⁵⁰³ Im Rahmen der Inhaltskontrolle liegt bei Freiwilligkeitsvorbehalten eine unangemessene Benachteiligung, wenn ein solches Vertrauensinteresse des Arbeitnehmers das Interesse des Arbeitgebers an Flexibilisierung überwiegt. Die Beurteilung, welches Interesse überwiegt, erfolgt nach dem

⁴⁹⁸ BAG NZA 2007, 853.

⁴⁹⁹ Klumpp, in: Clemenzt/Kreft/Krause, § 307 Rn. 192; Wiedermann, RdA 2009, 186, 187; Singer, RdA 2008, 246, 247; Annuß, in: FS Picker, 861, 869, 870; Lakies, S. 373.

⁵⁰⁰ BAG NZA 2012, 81; Preis/Sagan, NZA 2012, 697, 704; Reiserer, NZA 2007, 1249, 1251; Klumpp, in: Clemenzt/Kreft/Krause, § 307 BGB Rn. 192.

⁵⁰¹ Singer, in: FS Canaris, S. 1467, 1483 ff.; ders., RdA 2008, 246, 248; Strick, NZA 2005, 723, 725.

⁵⁰² Singer, in: FS Canaris, S. 1467, 1472.

⁵⁰³ Singer, in: FS Canaris, S. 1467, 1472.

Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Bindung des Arbeitgebers an freiwillige Zuwendungen muss also als ein erforderliches Mittel für den Schutz des Arbeitnehmers sein.⁵⁰⁴ Dies hängt in erster Line von der Art der Leistung ab. Auf die laufende Zahlung stellt sich der Arbeitnehmer in seiner gesamten Lebensführung ein, die zur Bestreitung des Lebensunterhaltes vorgesehen sind.⁵⁰⁵ Dieses Interesse ist schutzwürdiger als das Interesse des Arbeitgebers an Flexibilisierung. Im Gegensatz dazu überwiegt das letztere Interesse das Vertrauen des Arbeitnehmers bei Einmalzahlungen oder Sonderzuwendungen.

Die unterschiedliche Schutzwürdigkeit des Vertrauens soll sich nicht allein an der Bezeichnung der Vergütungsteile im Arbeitsvertrag orientieren. Dies könnte ansonsten dazu führen, dass die Zuschüsse in Form von „zusätzlichem Sonderzuwendungen“ gezahlt werden und sich so der Anteil an zusätzlicher Sonderzahlungen in erheblichem Umfang (z. B. ca. 30% - 60% der gesamten Jahresvergütung) erhöht.⁵⁰⁶ Entscheidend für den Unterschied ist vielmehr, ob die Leistung zur Bestreitung des Lebensunterhaltes vorgesehen wird. Bei Freiwilligkeitsvorbehalte mit einem Umfang, der etwa 20% - 30% der Gesamtvergütung erfasst, liegt vermutlich eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 vor.⁵⁰⁷ Denn der Arbeitnehmer sieht normalerweise vor, wenigstens 70% der Gesamtvergütung für den Lebensunterhalt zu verwenden.

3. Kann die Fragen mit der Lehre von Vertrauenshaftung sachgerechter gelöst werden?

Könnte dieser Lösungsansatz auch im chinesischen Recht herangezogen werden? Die Lehre der Vertrauenshaftung⁵⁰⁸ und Verhältnismäßigkeitsprinzip⁵⁰⁹ wurden schon ins chinesische Recht eingeführt. Selbst im Bereich des Arbeitsrecht versucht ein Teil der Literatur, die Frage der Wirksamkeit einer einseitigen Kündigung durch den Arbeitgeber⁵¹⁰ und das Erfordernis der schriftlichen Form

⁵⁰⁴ *Singer*, in: FS Canaris, S. 1467, 1475.

⁵⁰⁵ *Singer*, in: FS Canaris, S. 1467, 1483.

⁵⁰⁶ BAG NZA 2008, 1173; *Stoffels*, ZfA 2009, 861, 870; *Bayreuther*, ZfA 2011, 45, 48; *Bonin*, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 307 BGB Rn. 200a; *Lembke*, NJW 2010, 257, 262.

⁵⁰⁷ So auch: *Bonin*, in: Däubler/Bonin/Deinert, § 307 BGB Rn. 200b; *Bayreuther*, ZfA 2011, 45, 47; *Willemsen/Gau*, NZA 2005, 1137, 1141.

⁵⁰⁸ *ZHU Guangxin*, S. 272 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. *Ji Hailong*, Tribune of Political Science and Law 03/2016, 95 ff.; *ZHENG Xiaojian*, Science of Law 06/2017, 101 ff..

⁵¹⁰ *JIANG Ying/LI Wenpei*, Hebei Rechtswissenschaft 8/2012, 80 ff.

des Arbeitsvertrags⁵¹¹ mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu bewältigen. Deshalb ist es für den Richter nicht schwierig, die Vergütungsvereinbarung für die normale Arbeitszeit unter den Gesichtspunkten von Vertrauenshaftung und Verhältnismäßigkeitsprinzip zu analysieren.

Bei der Inhaltskontrolle einer solchen Vergütungsvereinbarung ist sodann zu prüfen, ob der Arbeitnehmer erwarten darf, die nicht geleisteten Vergütungsbestandteile als Teil der synallagmatischen Leistung auch in Zukunft konsequent zu bekommen. Wie im deutschen Recht kommt dies ebenfalls auf die Art der Vergütungsbestandteile an. In der Praxis werden monatliche Zuschüsse, insbesondere solche für Fahrkosten und Essen, normalerweise über längere Zeit in einer bestimmten Höhe erbracht. Nicht nur solche Zuschüsse, sondern auch die auf diesen basierenden Überstundenzuschlägen werden von dem Arbeitnehmer zur Bestreitung des Lebensunterhaltes vorgesehen. Der Verzicht auf sie könnte dem Arbeitnehmer das Leben erschweren. Die Vereinbarung, solche Zuschüsse dem Arbeitslohn für normale Arbeitszeit zu entziehen, benachteiligt darum das Vertrauensinteresse des Arbeitnehmers unangemessen und ist gemäß § 496 S. 2 ZGB unwirksam. Demgegenüber erwächst aus dem Wegfall der Festtagsgratifikation dem Arbeitnehmer keine Schwierigkeit. Art und Höhe der Festtagsgratifikation unterscheiden sich wohl von Jahr zu Jahr. Während beispielsweise im letzten Jahr ein Gutschein für ein Restaurant angeboten wurde, erhält der Arbeitnehmer dieses Jahr eine Zahlung von 500 Yuan. In diesem Zusammenhang wird die Festtagsgratifikation zur Deckung des Sonderbedarfs verwendet. Darum ist das Vertrauen auf den konsequenten Erhalt der jährlichen Festtagsgratifikation nur geringfügig schutzwürdig. Die Vereinbarung, welche sie dem Arbeitslohn für normale Arbeitszeit entzieht, ist deshalb zulässig.

⁵¹¹ *FAN Wei*, Journal of Renmin University of China 1/2018, 106, 107.

Zusammenfassung der wichtigen Ergebnisse

[1]

Das Rechtsinstitut der AGB-Kontrolle ermöglicht eine einheitliche Lösung der Rechtsfragen, die sich bei den vom Arbeitgeber vorformulierten Klauseln entstehen und mit Hilfe der Ausübungskontrolle nicht befriedigend gelöst werden können. Dies setzt aber voraus, die im chinesischen Vertragsgesetz nur fragmentarisch geregelten Prüfungsmaßstäbe zu konkretisieren. Dabei soll der von Kötz/Zweigert empfohlenen funktionalen Methode der Rechtsvergleichung gefolgt werden. Demnach dürfen die Lösungen aus fremden Rechten nicht „blind“ übernommen werden, sondern nur dann, wenn sich ähnliche Probleme stellen und diese nicht durch Rechtsinstitute oder Konfliktlösungsmechanismen der heimischen Rechtsordnung gelöst werden können.

[2]

Nach der Legaldefinition im ZGB sind AGB Vertragsklauseln, die zur wiederholten Verwendung von einer Partei vorentworfen sind und die bei Vertragsabschluss nicht mit der anderen Vertragspartei ausgehandelt wurden. Das Merkmal „Vertragsbedingung“ und „zur wiederholten Verwendung“ ist gleichbedeutend mit dem Merkmal „Vertragsbedingungen“ und „Vielzahl von Verträgen“ i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB. Verfügt der Arbeitnehmer beim Abschluss eines Arbeitsvertrags über die Möglichkeit, zumindest faktischen Einfluss auf den Inhalt der Klausel auszuüben, ist anzunehmen, dass die Klausel vom Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausgehandelt wird.

[3]

In China ist die erfolgreiche Einbeziehung von AGB in den geschlossenen Vertrag von zwei Voraussetzungen abhängig: Zunächst muss der Verwender die andere Vertragspartei ausdrücklich oder durch deutlich sichtbaren Aushang auf AGB hinweisen. Danach muss der Verwender dem Vertragspartner die rechtliche Bedeutung der Tragweite der AGB-Klauseln erklären, soweit er von dem Vertragspartner dazu aufgefordert worden ist. Im Vergleich dazu werden

strengere Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB im BGB geregelt. Nach § 305 Abs. 2 ist der Verwender nicht nur verpflichtet, ausdrücklich oder durch deutlich sichtbaren Aushang auf AGB hinweisen (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB), sondern muss auch eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Falls die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung nicht einverstanden ist, werden AGB kein Bestandteil des geschlossenen Vertrags, auch wenn die zwei Voraussetzungen erfüllt werden.

Im deutschen Recht findet die Einbeziehungskontrolle (§ 305 Abs. 2 und 3 BGB) nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB keine Anwendung auf Arbeitsverträge. Dies wird in dem Regierungsentwurf damit begründet, dass die Nachweispflicht gemäß § 2 NachwG genügt, den Arbeitnehmer vor der Unkenntnis der Vertragsbedingung zu schützen. Diese Begründung ist aber insoweit nicht überzeugend, als die Regelung des § 305 Abs. 2 und 3 und die Vorschriften des Nachweisgesetzes ganz unterschiedliche Zwecke und Rechtsfolgen haben. Im chinesischen Recht liegt keine Regelung vor, welche die funktionelle Identität mit § 39 CVG hat. Aus diesem Grund besteht zurzeit keine Notwendigkeit, § 310 Abs. 4. S. 2 BGB in die chinesische AGB-Kontrolle umzusetzen.

[4]

§ 496 S. 2 ZGB legt den Prüfungsmaßstab fest, der für die Inhaltskontrolle von AGB maßgeblich ist. Danach sind AGB unwirksam, wenn sie gegen das Gerechtigkeitsprinzip verstoßen. Zur Konkretisierung des Gerechtigkeitsprinzips hat die Rechtsprechung Bewertungskriterien, wie etwa die Gleichwertigkeit und die Risikobeherrschung entwickelt.

Für die chinesische Inhaltskontrolle ist es hilfreich, das Gerechtigkeitsprinzip durch die Übernahme der Vorschriften von § 307 Abs. 1 und 2 BGB mit Inhalt zu füllen. Hierher gehört die Übernahme der in § 307 Abs. 2 BGB niedergelegten Vermutungsregelungen und des Transparenzgebots. Weicht eine AGB-Klausel im Arbeitsvertrag von dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen ab, liegt eine Vermutung der unangemessenen Benachteiligung vor. Zu „gesetzlichen Regelungen“ zählen alle dispositiven Regelungen im Gesetz, Verwaltungsrechtsbestimmungen,

Verwaltungsvorschriften, lokale Rechtsbestimmungen, lokale Verwaltungsvorschriften, die abstrakten justiziellen Auslegungen und Leitentscheidungen.

[5]

Die Übernahme eines deutschen Rechtsinstitutes bietet einerseits bessere Lösungsansätze für vorliegende Probleme, und andererseits stellen sich neue Fragen, etwa zu den „Nebenwirkungen“ einer solchen Übernahme. Bei der Einordnung der Transparenzkontrolle muss beispielweise das Verhältnis von Transparenzgebot und der Auslegungsregel betrachtet werden. Die Anwendung vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion könnte zu einer ersatzlosen Streichung von Klauseln führen, was für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte bedeuten würde.

Zur Füllung solcher Regelungslücken ist denkbar, die damit verbundenen Lösungsansätze aus dem deutschen Recht zu betrachten. Kollidiert die Transparenzkontrolle mit der Auslegungsregel, richtet sich die Vorrangsregel nach dem Günstigkeitsprinzip. Zur Vermeidung von „Nebenwirkungen“, die durch die Übernahme des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion verursacht wird, wird vorgeschlagen, die Regelungslücken durch eine ergänzende Auslegung bei unwirksamen AGB zu füllen. Es ist aufgrund der zahlreichen Erfahrungen der deutschen Rechtsprechung empfehlenswert, die zwei entwickelten Kriterien für die Eröffnung der ergänzenden Auslegung - die Wertungen der einschlägigen Rechtsprechung und ihre Abweichungsmöglichkeiten - auch ins chinesische AGB-Recht zu überführen.

[6]

Bei der Übernahme der Ausnahmeregeln (§ 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1) steht der Umfang der zu berücksichtigenden Besonderheiten im Mittelpunkt. Hierfür bietet die teleologische Interpretation des § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB der chinesischen Regelungsumsetzung die Erkenntnisquelle. Zu den „Besonderheiten“ i. S. v. § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 BGB zählen sowohl die rechtlichen, als auch die tatsächlichen Besonderheiten. Dies entspricht zunächst dem Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, welcher als ein Grundpfeiler eines modernen Rechtsstaats auch in China

anerkannt wird. Ferner entspricht es dem Sinn und Zweck der §§ 305-310 BGB und §§ 496 – 498 CVG. Daher dürfe dieses Forschungsergebnis aus dem deutschen AGB-Recht ins chinesische AGB-Recht übernommen werden.

[7]

Das reformierte chinesische Rechtsinstitut von AGB-Kontrolle ermöglicht eine interessengerechte Lösung der Rechtsfragen, die in der bisherigen Rechtsprechung offengelassen wurden. Beispiele hierfür sind insbesondere:

1. Die Angemessenheit der Bindungsdauer bei Fortbildungskosten hängt davon ab, ob die Bindungsdauer die Interessen des Arbeitnehmers unangemessen benachteiligt. Durch die Bindungsdauer wird die Freiheit beim Wechsel des Arbeitsplatzes in erheblichem Maße beschränkt, und eine Benachteiligung liegt somit vor. Die Benachteiligung könnte aber trotzdem zulässig sein, wenn sie durch den beruflichen Vorteil ausgeglichen wird, welchen der Arbeitnehmer durch die Fortbildungsmaßnahmen erhalten hat. Der berufliche Vorteil spiegelt sich in der Dauer und der finanziellen Aufwendung der Fortbildungsmaßnahmen und der erhöhten Arbeitsvergütung des Arbeitnehmers wieder. Deshalb ist die Angemessenheit der Bindungsdauer darauf angewiesen, ob die Bindungsdauer in einem angemessenen Verhältnis mit der Dauer und Gesamtaufwendung der Fortbildung und der erhöhten Arbeitsvergütung steht.
2. Nach dem Kriterium „Gleichwertigkeit“ kann man einheitlich beurteilen, ob die vorformulierten Vereinbarungen über die bedingte Jahresabschlussleistung der Angemessenheitskontrolle standhalten. Steht eine Jahresabschlussleistung zur geleisteten Arbeit in einem synallagmatischen Verhältnis, lässt sich der Ausfall des Anspruchs auf Zahlung nur damit rechtfertigen, dass der Arbeitnehmer gemäß ArbVG seine Pflicht verletzt.
3. Beim Abschluss des Arbeitsvertrags wird das Transparenzgebot den Arbeitgeber dazu veranlassen, den Anlass und die Anzahl der zu leistenden Überstunden so klar und verständlich zu formulieren. Dies ermöglicht dem Arbeitnehmer, die Arbeitsbedingungen besser zu vergleichen und seine Rechte besser wahrzunehmen.

[8]

Nach der reformiert chinesischen Inhaltskontrolle lässt sich eine Reihe von Problemen sachgerechter bewältigen, die in der bisherigen Literatur und Rechtsprechung nicht befriedigend gelöst werden können. Dies gilt insbesondere für die Fragen beim Verbot der Benutzung vom illegalen Taxi und beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot.

1. Nach der herrschenden Meinung ist es unzulässig, Benutzung des illegalen Taxis zu verbieten. Dieser Lösungsansatz ist insoweit nicht interessengerecht, als nur die allgemeine Handlungsfreiheit des Arbeitnehmers in seinem Privatleben berücksichtigt wird. Übersehen werden die erhöhte Unfallrisiken und die Verpflichtung der zwölfmonatigen Entgeltfortzahlung. Wird diese Frage im Rahmen der AGB-Kontrolle analysiert, kommt es für die Angemessenheit eines solchen Verbots eher darauf an, ob die Verwirklichung des Risikos eines Arbeitswegunfalls besser und kostengünstiger durch Arbeitgeber oder Arbeitnehmer verhindert werden kann. Sind die Kosten möglicher Präventionsmaßnahmen durch Arbeitgeber höher als die Kosten, die durch die Nutzung legaler Taxis entstehen werden, erscheint es verhältnismäßiger, das Risiko eines Arbeitsunfalls den Arbeitnehmer tragen zu lassen. Ein solches Verbot hält der Inhaltskontrolle gemäß § 496 S. 2 ZGB stand.

2. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Reichweite eines Wettbewerbsverbots wird in der bisherigen Rechtsprechung nur das berechnete Interesse des Arbeitgebers in Betracht gezogen. Im Rahmen der Inhaltskontrolle ist es keine hinreichende Bedingung, sondern nur eine notwendige Bedingung für Zulässigkeit der Reichweite. Die Reichweite hält der Inhaltskontrolle gemäß § 496 S. 2 ZGB nur stand, wenn es zu keiner unbilligen Erschwerung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers führt.

[9]

In der Zukunft besteht die Möglichkeit der Verwendung einer Bezugnahmeklausel, die auf einen Kollektivvertrag aus einem anderen Betrieb in derselben Branche verweist. In der Bezugnahmeklausel sollten der Name und Datum eines Kollektivvertrags genau erwähnt werden. Verweist eine Klausel auf einen fremden Kollektivvertrag, sollte dem Arbeitnehmer hierauf

ausdrücklich oder durch besondere Hervorhebung im Arbeitsvertrag hingewiesen werden.

Neben der Bezugnahme Klausel könnte der zukünftige Arbeitsvertrag die Vergütungsvereinbarung für normale Arbeitszeit enthalten. Mit Hilfe der Vertrauenshaftung sollte eine Vereinbarung als unangemessen angesehen werden, die eine im Arbeitsvertrag zugesagte Leistung oder wiederholte gewährte laufende Leistung aus dem Arbeitslohn für normale Arbeitszeit ausschliesse. Hingegen sollte ein Ausschluss der Sonderzuwendung zulässig sein.

Literaturverzeichnis

Deutsche Literatur

Adomeit, Klaus: Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht, NJW 1996, 1711.

Ahl, Björn: Die Justizauslegung durch das Oberste Volksgericht der VR China – eine Analyse der neuen Bestimmungen des Jahres 2007, ZChinR 2007, 251.

ders.: Neue Maßnahmen zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung, ZChinR 2012, 1.

Annuß, Georg: AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: wo geht die Reise hin?, BB 2002, 458.

Annuß, in: *FS Picker*

Baumbach, Aldof/Roth, Markus: Handelsgesetzbuch, München 2020.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.): BeckOK BGB, München 2019. (Zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB)

Bauer, Josbst-Hubertus/Diller, Martin: Wettbewerbsverbote, München 2019.

Bauer, Jobst-Hubertus/Kock, Martin: Arbeitsrechtliche Auswirkungen des neuen Verbraucherschutzrechts, DB 2002, 42.

Bayreuther, Frank: Vorbehalte in der arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung — Wie viel Flexibilität soll das AGB-Recht zulassen?, ZfA 2011, 45 .

Becker, Martin: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995.

Birnbaum, Christian: Was sind die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“?, NZA 2003, 944.

Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.): Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016. (Zitiert: *Bearbeiter*, in: BDDH)

Bratz, Alexander: „AGB“ – Kontrolle nun auch im Arbeitsrecht, AuA 2002, 62.

Bratz, Marko: Arbeitsrechtliche Besonderheiten bei der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Hamburg 2005.

Brors, Christiane: „Neue“ Probleme bei arbeitsvertraglichen Vertragsstrafeklauseln?, DB 2004, 1778.

Bu, Yuanshi: Deutsche und europäische Elemente des chinesischen Rechts, Münster 2012.

ders.: Chinese Civil Law, Baden Baden 2013.

Clemenz, Susanne/Kreft, Burghard/Krause, Rüdiger (Hrsg.): AGB-Arbeitsrecht, Köln 2019. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Clemenz/Kreft/Krause)

Däubler, Wolfgang: Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, NZA 2001, 1329.

ders.: Zielvereinbarungen und AGB-Kontrolle, ZIP 2004, 2209.

ders.: Arbeitsrecht in China – eine Momentaufnahme, https://www.nachdenkseiten.de/upload/pdf/121122_arbeitsrecht_in_china.pdf (1.3.2020)

Däubler, Wolfgang/Bonin, Birger/Deinert, Olaf: AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, München 2014. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Däubler/Bonin/Deinert)

Diehn, Thomas: AGB-Kontrolle von arbeitsrechtlichen Verweisklauseln, NZA 2004, 129

Diller, Martin: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote und AGB-Recht, NZA 2005, 250.

Dütz, Wilhem: Arbeitsrecht, München 2007.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.): BeckOK Grundgesetz, München 2019. (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK Grundgesetz)

Fastrich, Lorenz: Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 2001.

Frey, Kasper: Wie ändert sich AGB-Gesetz?, ZIP 1993, 572.

Giesen, Richard: Bezugnahmeklauseln – Auslegung, Formulierung und Änderung, NZA 2006, 625.

Gotthardt, Michale: Der Arbeitsvertrag auf dem AGB-rechtlichen Prüfstand, ZIP 2002, 277.

Hasen, Ralf: Die Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf vorformulierte Arbeitsverträge, ZGS 2004, 21.

He, Xuxu: Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) und AGB-Klauselgestaltung im Bankgeschäft, Diss. München 2011.

Henssler, Martin: Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, RdA 2002, 129.

Henssler, Martin/Von Westphalen, Friedrich: Praxis der Schuldrechtsreform, Bonn 2001. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Henssler/Westphalen)

Herbert, Manfred/Oberrath, Jörg-Dieter: Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform – Eine Zwischenbilanz, NJW 2005, 3745.

Heuser, Robert: Einführung in die chinesische Rechtskultur, Hamburg 2002.

Hofelich, Andreas: Von der Bereichsausnahme zur Bereichseinschränkung, Diss. Frankfurt am Main 2013.

Hönn, Günther: Zu den >> Besonderheiten<< des Arbeitsrechts, ZfA 2003, 325.

Hromadka, Wolfgang: Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht, NJW 2002, 2523.

Jesgarzewski, Tim: Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen nach dem AGB-Recht, AuR 2011, 9.

Joost, Detlev: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag – Ein Beispiel für eine missglückte Gesetzgebung, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 02. Jan. 2003, Berlin 2003, S. 1119.

Kamanabrou, Sudabeh: AGB-Kontrolle und gesetzlich angeordnete geltungserhaltende Reduktion, ZfA 2018, 92.

Kittner, Michale/Zwanziger Bertram/Deinert, Olaf (Hrsg.): Arbeitsrecht - Handbuch für die Praxis, Köln 2015. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kittner/Zwanziger)

Klebeck, Ulf: Unklarheiten bei arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klausel, NZA 2006, 15.

Koch, Jens: Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im einseitigen vorformulierten Arbeitsvertrag, RdA 2006, 26.

Kötz, Heinz: Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209.

Lakies, Thomas: Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, 2014.

ders.: AGB-Kontrolle von Vertragsstrafevereinbarungen, ArbRAktuell 2014, 313.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991.

Laskawy, Dirk Helge: Die Tücken des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im Arbeitsrecht, NZA 2012, 1011.

Leder, Tobias/Morgenroth, Sascha: Die Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag, NZA 2002, 952.

Lembke, Mark: Grundzüge der AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Regelungen, FA 2009, 336.

ders.: Die Gestaltungen von Vergütungsvereinbarungen, NJW 2010, 257.

Li, Sheng: Ein Vergleich der deutschen und chinesischen Arbeitsrechte, 2012.

Lindemann, Viola: Neuerungen im Arbeitsrecht durch die Schuldrechtsreform, AuR 2002, 81.

ders.: Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen, Köln 2003.

Lingemann, Stefan: Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag, NZA 2002, 181.

Liu, Zheng: Urteilsfindungsmethoden chinesischer Gerichte – zur Ausrichtung und Wirkung der Methode der Fallentscheidung, in: *Yuanshi Bu (Hrsg.)*, Juristische Methodenlehre in China und Ostasien, 2016.

Lorenz, Stefan/Riehm, Thomas: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002.

Maschmann, Frank: Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen in der Praxis, RdA 2005, 212.

Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 2010.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München 2017. (zitiert: *Bearbeiter*, in: ErfK)

Natzel, Ivo: Schutz des Arbeitnehmers als Verbraucher? NZA 2002, 595.

Jansen, Günther Arnold/Seibe, Mark (Hrsg.): Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B, München 2016. (zitiert: *Bearbeiter*, in: VOB/B)

Oetker, Hartmut: AGB-Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht, in: *Bork, Reinhard/Taupitz, Jochen/Wagner, Gerhard (Hrsg.)*: Archiv für die civilistische Praxis, Jahrgang 2012 Heft 1-2, S. 202.

Palant, Otto (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, München 2019. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Palant)

Preis, Ulrich: Arbeitsrecht, Verbraucherschutz und Inhaltskontrolle, NZA 2003 – Sonderb. Heft 16, 19.

ders.: Widerrufsvorbehalte auf dem höchststrichtlichen Prüfstand, NZA 2004, 1014.

Preis, Ulrich/Bender, Wolfgang: Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen – Kontrolle durch Gesetz oder Richterrecht, NZA-RR 2005, 337.

Reichenbach, Sandy Bernd: Konventionalstrafe für den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer, NZA 2003, 309.

Reichold, Hermann: Anmerkungen zum Arbeitsrecht im neuen BGB, ZTR 2002, 202.

Reinecke, Gerhard: Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, DB 2002, 583.

Richardi, Reinhard/Bayreuth, Frank: Kollektives Arbeitsrecht, München 2019.

Röhl, F. Klaus/Röhl, Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre, München 2008.

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikbohm, Ralf/ Udsching, Peter (Hrsg.): BeckOK Arbeitsrecht, München 2020. (Zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK ArbR)

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk Axel: Rechtstheorie, München 2016.

Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2019. (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo BGB)

Schlewing, Anja: Vertragsgestaltung - Auslegung, Unklarheitenregel, geltungserhaltende Reduktion, blue-pencil-Test, ergänzende Vertragsauslegung und Verweisungsklauseln, NZA Beilage 2/2012, 33.

Singer, Reinhard: Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB, RdA 2003, 194.

ders.: Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit als Grundelemente der Arbeitgeberhaftung bei freiwilligen Zuwendungen, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007.

ders.: Freiwilligkeitsvorbehalte beim Entgelt, RdA 2008, 246.

Shen, Weixing: Die sozialistische Marktwirtschaft und das einheitliche chinesische Vertragsrecht, in: Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext - Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, 2006.

Shi, Ping: Die Prinzipien des chinesischen Vertragsrechts, Frankfurt am Main 2005.

Seitz, Stefan/Werner, Marc: Arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln bei Unternehmensumstrukturierungen, NZA 2000, 1257.

Steinau-Steinrück, Robert v./Hurek, Christoph: Die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten – Der Nebel lichtet sich!, NZA 2004, 965.

Stoffels, Markus: Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers, Berlin 1994.

ders.: Schranken der Inhaltskontrolle, JZ 2001, 843.

ders.: Grundfragen der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, ZfA 2009, 861.

ders.: Der Schutz vor überraschenden Vertragsbestimmungen, in: Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, 2011. (Zitiert: Stoffels, in: GS Wolf)

ders.: AGB-Recht, München 2015.

Strick, Kerstin: Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt - Der Wille als Bedingung, NZA 2005, 723.

Thüsing, Gregor: Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts? NZA 2002, 591.

ders.: Inhaltskontrolle von Formularverträgen nach neuem Recht, BB 2002, 2666.

ders.: AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2007.

Thüsing, Gregor/Lambrich: Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifnormen, NZA 2002, 1361.

Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.): AGB-Recht, Köln 2016. (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ulmer/Brandner/Hensen)

Von Koppenfels, Katharina: Vertragsstrafen im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung, NZA 2002, 598.

Von Staudiger, J

Von Steinau-Steinrück, Robert/Hurek, R. Christoph: Die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten – Der Nebel lichtet sich!, NZA 2004, 965.

Wang, Jianyi: Die deutsche AGB-Kontrolle und nicht im Einzelnen ausgehandelte Klauseln im europäischen Vertragsrecht, Diss. Göttingen 2015.

Weiß, Thomas: Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts und das BGB, 1991.

Wiederman, Herbert: Freiwillige Leistungen – Enttäuschte Erwartungen, RdA 2009, 186.

Witt, Alexander: Keine AGB-Kontrolle tariflicher Regelung?, NZA 2004, 135.

Wolf, Manfred/Lindacher, Walter F. /Pfeiffer, Thomas: AGB-Recht, München 2019. (zitiert: Bearbeiter, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer)

Wolf, Manfred/Neuner, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2020.

Willemsen, Eva Maria: Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag bei Tarifwechsel, Berlin 2009.

Zhao, Jin: Übertragungsmöglichkeit der arbeitsrechtlichen Inhaltskontrolle von Deutschland nach China, in: *Yuanshi Bu (Hrsg.)*: Die Kodifikation des Zivilgesetzbuches der VR China, Berlin 2017.

Zhu, Yan: Rechtsvergleich der Inhaltskontrolle von AGB in Deutschland und Formularklauseln in China, Diss. Bremen 2003.

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung, Thübingen 1996.

Englische Literatur

Chen, F.: Union Power in China: Source, operation and constraints, Modern China 35(6), 662 – 689.

Lin, Kevin: The end of China's labour reform?
<https://www.eastasiaforum.org/2019/08/27/the-end-of-chinas-labour-reform/>
(30.3.2020).

Luo/Tao: Moderated Mobilization: A New Model of Enterprise-level Collective Bargaining in South China.

Chinesische Literatur

Bai, Jianjun: Das Gebot, Gleiche Fälle gleich zu behandeln, im Sinne des Konstitutionalismus und eine empirische Untersuchung, China Legal Science 2003/3. (白建军: “同案同判的宪政意义及其实证研究”, 载《中国法学》2003年第3期。)

Cao, Shibing: Stellung der Urteilen und Justiziellen Auslegung des OVG in Rechtsordnung, China Legal Science 3/2006. (曹世兵, “最高人民法院裁判、司法解释的法律地位”, 载《中国法学》2006年第3期。)

Cai Jiheng: Rechtsvergleichende Forschung über die Gesetzgebung in Bezug auf Arbeitsvertrag, in: *Lin, Jia (Hrsg.)*, Arbeits- und Sozialrecht Buchkollektion

Band I, Beijing 2015. (蔡吉恒: “我国劳动合同立法比较研究“, 载林嘉编: 《劳动保障法学论丛》第1卷, 中国劳动社会保障出版社2015年版。)

Cai Shijun: Die Rechtspraxis im firmenbezogenen Umfeld, Beijing 2010. (蔡世军: 《公司法务操作丛书-合同法律问题与实务操作》, 中国法制出版社2010年版。)

Chang, Kai: Die gesetzgeberische Grundlage und die Stellung des Arbeitsvertragsgesetzes, Legal Forum 2/2008. (常凯: 《论劳动合同法的立法依据和法律定位》, 载《法学论坛》2008年第2期。)

Chen, Rongwen: Die Reform vom Rechtsinstitut der disziplinarischen Maßnahme im Betrieb, Fujian Tribune (The Humanities & Social Sciences Monthly) 12/2009. (陈荣文: “论完善我国劳动纪律处分制度的几个重要问题”, 载《福建论坛》(人文科学社会版)2009年第12期。)

Chen, Weizhong: ist eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle der BAO zulässig?, China Labor 8/2015. (陈伟忠: “法院对用人单位规章制度合理性审查合法吗?”, 载《中国劳动》2012年第8期。)

Cheng, Manli/Wang Quanxing: Rechtsnatur und Rechtsfolge der Bindungsdauer, China Labor 2/2006. (成曼丽、王全兴: “服务期的法律定性和法律后果”, 载《中国劳动》2006年第2期。)

Cheng, Liwu: Festlegung und die Rechtsgrundlage der Provision, China Labor 4/2015. (程立武: “提成的认定与法律适用”, 载《中国劳动》2015年第4期。)

Cheng, Xiao: Deliktsrecht, Beijing 2015. (程啸: 《侵权责任法》, 法律出版社2015年版。)

Cheng, Xiaoyong/Meng, Gaofei: Rechtsanwendung der gesetzlichen Regelungen über Bindungsdauer im Arbeitsvertrag, People's Judicatur 17/2014. (程小勇、孟高飞: “劳动合同服务期制度的适用“, 载《人民司法》2014年第17期。)

Chi, Ying: Punitive damages wegen falscher Werbung bei Wohnungskaufvertrag, Legal Science 10/2015. (迟颖: “商品房销售虚假宣传之惩罚性赔偿责任”, 载《法学》2015年第10期。)

ders.: Das Widerrufsrecht im deutschen Recht, Political Science and Law 6/2008. (迟颖: “论德国法上以保护消费者为目的之撤回权”, 载《政治与法律》2008年第6期。)

Cui, Jianyuan: Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (Band I), Beijing 2011. (崔建远: 《合同法总论》(上卷), 法律出版社2011年版。)

ders.: Auslegung und Anwendung einiger Vorschriften des neuen Vertragsgesetzes, Science of Law 3/2001. (崔建远: “新合同法若干制度及规则的解释与适用”, 载《法律科学》2001年第3期。)

Dai, Guopu: Auslegung des § 39 CVG und ihre Anwendung in der Rechtspraxis, CUPL Post Graduate 1/2017/1. (戴国朴: “《合同法》第39条法理解释与司法适用”, 载《法大研究生》2017年第1期。)

Ding, Jianan/ ZHANG Qihua: Rechtliche Regulierung zur disziplinarischen Maßnahmen im Betrieb, Social Science Front 10/2013. (丁建安、张秋华: “企业惩戒权的法律规制”, 载《社会科学阵线》2013年第10期。)

Deng, Heng: Fragen über Wettbewerbsverbote in der Rechtspraxis, Legal Application 15/2017. (邓恒: “竞业禁止纠纷案件审判实务问题研究”, 载《法律适用》2017年第15期。)

Dong, Baohua: Vertragsstrafe bei Bindungsdauer in Arbeitsvertrag, Journal of Law Application 4/2008. (董保华: “论劳动合同中服务期违约金”, 载《法学论坛》2008年第4期。)

ders.: Zehn Fragen durch die Unausgewogenheit der Rechte und Pflichten in Arbeitsvertragsgesetz, Exploration and Free Views 4/2016. (董保华: “《劳动合同法》十大失衡问题”, 载《探索与争鸣》2016年第4期。)

Dong, Wenjun: Die gesetzliche Regelung über die Maßregelung der Arbeitnehmer, Contemporary Law Review 3/2010. (董文军: “我国惩戒处分法律规制问题研究”, 载《当代法学》2010年第3期。)

Du, Jinglin: Die leitbildliche Funktion der dispositiven Regelungen bei AGB-Kontrolle, Law Science 2010/7. (杜景林: “合同规范载格式条款规制上的范式作用”, 载《法学》2010年第7期。)

Du, Wanhua/Wang, Linqing: Erklärung zu der „vierten justiziellen Auslegung zur arbeitsrechtlichen Streitigkeiten“ und ihre Anwendung in der Rechtspraxis, People's Judicature 19/2010. (杜万华、王林清: “《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》的理解与适用”, 载《人民司法》2010年第19期。)

Fan, Wei: Nachdenken über den die gesetzliche Zwangsform des Arbeitsvertrags und die alternative Möglichkeit, Journal of Renmin University of China 1/2018. (范伟: “劳动合同形式强制的反思与完善”, 载《中国人民大学学报》2018年第1期。)

Fang, Jianlei: Die Vereinbarung der nicht monatlich gewzahlten Karenzentschädigung ist zulässig, People's Judicature 17/2017. (方剑磊: “非按月支付的经济补偿金约定有效”, 载《人民司法》2017年第17期。)

Fang, Wencui: Verallgemeinerung der gerichtlichen Erfahrungen – mit der besonderen Berücksichtigung auf die zivilrechtlichen Fälle im Amtsblatt des OVG, Contemporary Law Review 6/2013. (房文翠: “我国司法经验整体化的实践与反思——以《最高人民法院公报》中的民事案例为对象”, 载《当代法学》2010年第6期。)

Feng, Tongqing: Analyse des Trends der Kollektivvereinbarung über Arbeitslohn in den letzten Jahren, *Maxisim & Reality* 2/2012. (冯同庆: “近年来工资集体协商取向的正误分析——是自上而下还是自下而上结合”, 载《马克思主义与现实》2012年第2期)

Feng, Yanjun: *Arbeitsrecht*, Jilin Universität Verlag, 1999. (冯彦君:《劳动法》, 吉林大学出版社1999年版)

Feng, Yanjun/Wang, Jiahui: Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sollen im Arbeitsgesetz geregelt werden, *Jilin University Journal Social Sciences Edition* 6/2002. (冯彦君、王佳慧: “我国劳动法中应设立竞业禁止条款——兼谈弥补我国《劳动法》第22条的立法缺陷”, 载《吉林大学社会科学学报》2002年第6期。)

Feng, Yanjun /Wang, Tianyu: Rechtsanwendung der gesetzlichen Regelungen über die Bindungsdauer in Arbeitsvertrag, *Contemporary Law Review*, 4/2009. (冯彦君、王天玉: “劳动合同服务期规则的适用”, 载《当代法学》2009年第4期。)

Feng, Wensheng: Die Frage über „Heranziehung“ der Leitentscheidungen bei Rechtsentscheidungen, *Qinghua University Law Journal* 3/2011. (冯文生: “审判案例指导中的‘参照’问题研究”, 载《清华法学》2011年第3期。)

Fu, Jian: Die gesetzliche Pflicht der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, *Law Review* 4/2001. (傅健: “略论格式条款提供方的法定义务”, 载《法学评论》2001年第4期。)

Gao, Shengping: Festlegung von Vorliegen der AGB - Klauseln, *Journal of Jishou University (Social Sciences Edition)*, 2/2005. (高圣平: “格式条款识别探析——兼评我国相关地方立法”, 载《吉首大学学报: 社会科学版》2005年第2期。)

ders.: Die Rechtsnatur der BAO des Arbeitgebers, *Legal Science*, 10/2006. (高圣平: “用人单位劳动规章制度的性质辨析”, 载《法学》2006年第10期。)

Gao, Yongchang/Liu, Keyi: Die Position der Leitentscheidungen im Rechtssystem, *Science of Law* 4/2008. (郇永昌、刘克毅: “论案例指导制度的法律定位”, 载《法律科学》2008年第4期。)

Gao, Yongchang/Liu, Keyi: Die Position der Leitentscheidungen im Rechtssystem, *Science of Law* 4/2008. (郇永昌、刘克毅: “论案例指导制度的法律定位”, 载《法律科学》2008年第4期。)

Gui, Juping: Rechtliche Fragen beim Wettbewerbsverbot, *Studies in Law and Business* 1/2001. (桂菊平: “竞业禁止若干法律问题研究”, 载《法商研究》2001年第1期。)

Han, Guijun: Vollständigung der gesetzlichen Grundlage für Bindungsdauer in ArbVG, *Law-based Society* 3/2016. (韩桂君: “《劳动合同法》中服务期制度完善研究”, 载《法治社会》2016年第3期。)

Han, Shiyuan: Forschung über Freizeichnungsklauseln, in: *Liang, Huixing* (Hrsg.): Sammlung über Zivil- und Handelsrecht, Band II, Beijing 1999. (韩世远: “免责条款研究”, 载梁慧星主编:《民商法论丛(第2卷)》, 法律出版社1999年版。)

ders.: Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, Beijing 2011. (韩世远:《合同法总论》, 法律出版社2011年版。)

He, Xuxu: Analyse der Regelung über die Inhaltskontrolle von AGB, *Legal Method* 2/2015. (贺栩栩: “格式条款内容控制的规范基础分析: 一般条款与法定示例”, 载《法律方法》2015年第2期。)

ders.: Kommentar zu § 40 Hs. 2 (Inhaltskontrolle von AGB), *The Jurist* 6/2018. (贺栩栩: “《合同法》第40条后段(格式条款效力审查)评注”, 载《法学家》2018年第6期。)

Hou, Zhuo: Die Wirksamkeit der BAO, *Social Sciences in Ningxia*, 4/2015. (侯卓: “用人单位规章制度法律效力的三维审思”, 载《宁夏社会科学》2015年第4期。)

Hu, Dawu/Yang, Fang: Die Empirische Analyse über die Feststellung des schwerwiegenden Verstoßes gegen innerbetrieblicher Regelung, *China Labor Heft* 24/2016. (胡大武、杨芳: “严重违反单位规章制度之严重性边界的实证分析”, 载《中国劳动》2016年第24期。)

Hu, Kangsheng (Hrsg.): Auslegung zum Vertragsgesetz von VRC, Beijing 2013. (胡康生(主编):《中华人民共和国合同法释义》, 法律出版社2013年版。)

Hu, Lifeng: Das rechtliche Verhältnis zwischen BAO und Arbeitsvertrag, *Legal Science*, 11/2008, 125. (胡立峰: “劳动规章制度与劳动合同之效力冲突”, 载《法学》2008年第11期。)

Hu, Yunteng: Die Errichtung des Rechtssystems von Leitentscheidungen, in: *Su Zelin* (Hrsg.): Die Errichtung und Anwendung des Rechtssystems von Leitentscheidungen, Beijing 2012. (胡云腾:《人民法院案例指导制度的建构》, 载苏泽林主编:《中国案例指导制度的构建和应用》, 法律出版社2012年版。)

Hu, Yunteng/Yu, Tongzhi: Ausgewählte wesentliche Fragen zur Leitentscheidungen, *Chinese Journal of Law* 6/2008. (胡云腾、于同志: “案例指导制度若干重大疑难争议问题研究”, 载《法学研究》2008年第6期。)

Huang, Ch'engkuan: Recht des Unternehmens von disziplinarischer Maßnahmen, *A Radical Quarterly in Social Studies* 3.4 /1989. (黄程贯: “企业惩罚权”, 载《台湾社会研究季刊》1989年第三、四期。)

Huang, Jian Zhong/Gao Shengping: Rechtsnatur der BAO und ihre gerichtliche Kontrolle, *People's Judicature*, 4/2007. (黄健中、高圣平: “用人单位内部规章制度的性质与司法控制”, 载《人民司法》2007年第4期。)

Huang, Zemin/Zhang, Jicheng: Methode für die „Heranziehung“ der Leitentscheidungen, *Studies in Law and Business* 4/2014. (黄泽敏、张继成: “指导性案例援引方式之规范研究”, 载《法商研究》2014年第4期。)

Ji, Changlong: Normative Justizielle Auslegungen als Rechtsquelle, Diss. Beijing 2008. (季长龙: 《规范性司法解释的法源地位研究》, 中国人民大学2008年博士论文。)

Ji, Hailong: Die universale Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Bereich des Zivilrechts und die Anwendungsbeispiele, *Tribune of Political Science and Law* 03/2016. (纪海龙: “比例原则在民法中的普适性”, 载《政法论坛》2016年第3期。)

Jiang, Bixin/He, Dongning/Wang, Li: Die Bedeutung und Anwendung der richterrechtlichen Regeln in den Leitentscheidungen von OVG, Beijing 2013. (江必新、何东宁、王莉: 《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用》, 中国法制出版社2013年版。)

Jiang, Ying: Die Form des Arbeitsvertrags, *Journal of China University of Labor Relations* 1/2006. (姜颖: “劳动合同形式探析”, 载《中国劳动关系学院学报》2006年第1期。)

Jiang, Ying/Li, Wenpei: Die Anwendung der Verhältnismäßigkeit auf Kündigung der Arbeitsverträge, *Hebei Rechtswissenschaft* 8/2012. (姜颖、李文沛: “试论比例原则在劳动合同解除中的应用”, 载《河北法学》2012年第8期。)

Jin, Keke: Zwingende Vorschriften und gesetzliches Verbot, *Archiv für chinesisch- und deutsches Privatrecht* 13/2016. (金可可: “强行规定与禁止规定”, 载《中德私法研究》2016年第13期。)

Jin, Jing: Kommentar zum § 111 CVG, *The Jurist* 3/2018. (金晶: “《合同法》第111条(质量不符合约定之违约责任)评注”, 载《法学家》2018年第3期。)

Jin, Li: Das Bereuungsrecht des Verbrauchers bei Geschäfte, *Journal of Chongqing Jiaotong University (Social Science Edition)* 2/2007. (金励: “消费者商品交易反悔权之研究”, 载《重庆交通大学学报(社会科学版)》2007年第2期。)

Lei, Binshuo: Die „Wie“ – Frage der „Heranziehung“ – Die Anwendungslogik der Leitentscheidung, *SJTU Law Review* 1/2018. (雷宾硕: “如何“参照”指导性案例的适用逻辑”, 载《交大法学》2018年第1期。)

Lei, Lei: Leitentscheidungen als Rechtsquelle?, *China Legal Science* 1/2015. (雷磊: “指导性案例法源地位再反思”, 载《中国法学》2015年第1期。)

ders.: Worauf zielen die Leitentscheidungen? – Sitzungsprotokoll zur Leitentscheidungen, in: *Shu, Guoying* (Hrsg.): *Buchkollektion über juristische Methodenlehre (Band I)*, Beijing, 2012. (雷磊等: “案例指导意欲何为? — 新法学·读书沙龙第七期‘案例指导制度讨论纪要’”, 舒国滢主编: 《法学方法论论丛》(第一卷), 中国法制出版社2012年版。)

Lei Lei/Niu Liran: Methode für Anwendung der Leitentscheidung-unter Berücksichtigung auf eine internationale Rechtsvergleichung, Governance Studies 1/2018. (雷磊、牛利冉: “指导性案例适用技术的国际比较”, 载《治理研究》2018 年第 1 期。)

Li, Chunyun: Vergleich der unterschiedlichen Typen vom kollektiven Dialog zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Human Resources Development of China, 05/2014. (李春云: “中国劳资集体对话不同类型对比分析”, 载《中国人力资源开发》2014 年第 5 期。)

Li, Haiming: Bestandteile und Definition des Arbeitslohns, Legal Science 5/2013. (李海明: “从工资构成到工资定义: 观念转换与定义重构”, 载《法律科学》2013 年第 5 期。)

Li, Jianfei: Gesetzgebung in Bezug auf Arbeitsverträge im Sozialwandel, in: Die Juristen 6/2009/. (黎建飞: 《社会变革中的中国劳动合同立法》, 载《法学家》2009 年第 6 期。)

Li, Long/Liu, Cheng: Rechtsquelle – unter den Gesichtspunkten von juristischer Methodenlehre und Rechtsfindung, Legal Science 2/2005. (李龙、刘诚: “论法律渊源 — 以法学方法和法律方法为视角”, 载《法律科学》2005 年第 2 期。)

Li, Shichun: Alternativer Gedankengang über Leitentscheidung, Law Science 6/2009. (李仕春: “案例指导制度的另一条思路——司法能动主义在中国的有限适用”, 载《法学》2009 年第 6 期。)

Li, Jianfei /Li, Minhua: Die rechtsphilosophische Analyse über die Haftung bei Bindungsdauer in Arbeitsvertrag, Journal of Henan Administrative Institute of Politics and Law 2/2009. (黎建飞、李敏华: “劳动合同服务期责任的法律哲学思考”, 载《河南省政法管理干部学报》2009 年第 2 期。)

Li, Xiong: Beurteilung der Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots anhand von vier Kriterien, Journal of Law Application 1/2013. (李雄: “竞业限制协议效力认定的四个节点”, 载《法律适用》2013 年第 1 期。)

Liang, Huixing: Die Vereinheitlichung des Vertragsgesetzes: Erfolg und Lücken (Teil I), China Legal Science 3/1999. (梁慧星: “统一合同法: 成功与不足”, 载《中国法学》1999 年第 3 期。)

ders.: Die Vereinheitlichung des Vertragsgesetzes: Erfolg und Lücken (Teil II), Peking University Law Journal 1/2000. (梁慧星: “统一合同法: 成功与不足 (下)”, 载《中外法学》2000 年第 1 期。)

ders.: Auslegung zu § 49 CVSG, People's Court Daily am 29. 3. 2001. (梁慧星: “关于消法 49 条的解释适用”, 载《人民法院报》2001 年 3 月 29 日。)

ders.: Kampf um das Chinas Zivilgesetzbuch, Beijing 2002. (梁慧星: 《为中国民法典而斗争》, 法律出版社 2002 年版。)

ders.: Allgemeiner Teil des Zivilrechts, Beijing 2017. (梁慧星: 《民法总论》, 法律出版社 2017 年版。)

Liang, Tianyun: Bald fängt die Jobsuche an: Solche versteckte Falle sollen Sie vermeiden (梁天韵: 又到“求职季”: 小心劳动合同暗藏的那些陷阱), <https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/08/id/2958311.shtml> (30.3.2020).

Lin Jia/Yang Fei: Abfindung, Vertragsstrafe und Schadenersatz bei Kündigung des Arbeitsvertrags, in: *LIN Jia (Hrsg.)*, Kommentar zum Arbeitsrecht, Beijing 2005. (林嘉、杨飞: “劳动合同解除中经济补偿金、违约金和赔偿金问题研究, 载《劳动法评论》。)

Liu, Kaixiang: Allgemeiner Teil des Zivilrechts, Beijing 2006. (刘凯湘: 《民法总论》, 北京大学出版社 2006 年版。)

Liu, Jingjing: Geldbuße als disziplinarische Maßnahme im Betrieb, China Trial 5/2015. (刘景景: “如何看待企业的罚款制度”, 载《中国审判新闻月刊》2011 年 5 月 5 日第 63 期。)

Liu, Wenhua: Arbeitsordnung und disziplinarische Maßnahmen, China Labor 9/2008. (刘文华: “劳动纪律与惩戒制度”, 载《中国劳动》2008 年第 9 期。)

Liu, Yi: Die BAO als Allgemeine Geschäftsbedingungen und die AGB-Kontrolle auf BAO in der Rechtspraxis, Legal System and Society 4/2015. (刘懿: “浅谈用人单位规章制度格式合同说在司法实践中的适用”, 载《法制与社会》2015 年第 4 期。)

Liu, Zhihui: „AGB-Klauseln und ihre rechtliche Kontrolle“, <https://wenku.baidu.com/view/85774f254b35eefdc8d333a2.html>.

(刘智慧: “格式条款及其规制“。)

Liu, Zuoxiang: Rechtstheorie, Beijing 2005. (刘作翔: 《法理学》, 社会科学文献出版社 2005 年版。)

ders.: Position der Leitentscheidungen im Rechtssystem und relevante Fragen, Journal of Soochow University 4/2011. (刘作翔: “案例指导制度的定位及相关问题”, 载《苏州大学学报》2011 年第 4 期。)

Long, Weiqiu: Allgemeiner Teil des Zivilrechts, Beijing 2002. (龙卫球: 《民法总论》, 中国法制出版社 2002 年版。)

Lu, Xingfu: Bindungswirkung der Leitentscheidungen von OVG, Law Science 9/2014. (陆幸福: “最高人民法院指导性案例法律效力之证成”, 载《法学》2014 年第 9 期。)

Ma, Yide: Wirksamkeit der die Haftung ausschließenden und beschränkenden Klauseln, Law Science 11/2014. (马一德: “免除或限制责任格式条款的效力认定”, 载《法学》2014 年第 11 期。)

Mou, Lvyue: Bindungswirkung der Leitentscheidungen, *Contemporary Law Review* 1/2014. (牟绿叶: “论指导性案例的效力”, 载《当代法学》2014年第10期。)

Mu, Guanqun: Kritik gegen dispositive Vorschriften des Vertragsgesetzes und die Verbesserungsmöglichkeit, *Journal of CUPL* 4/2018. (穆冠群: “合同法任意性规范的立法反思与完善路径”, 载《中国政法大学学报》2018年第4期。)

Ni, Zhengmao: Die Wissenschaft der Rechtsvergleichung, Beijing 2006. (倪正茂: 《比较法学探析》, 中国法制出版社2006年版。)

Pan, Weijiang: Die Bindungswirkung der Leitentscheidungen, *Qinghua University Law Journal* 1/2016. (泮伟江: “论指导性案例的效力”, 载《清华法学》2016年第1期。)

Peng, Xuelong: Wettbewerbsverbote und Interesseabwägung, *Wuhan University Journal (Philosophy & Social Sciences)* 1/2006. (彭学龙: 《竞业禁止与利益平衡》, 载《武汉大学学报》(哲学社会科学版) 2006年第1期。)

Qiao, Anli/Li, Kungang: Die angemessene Reichweite des vereinbarten Wettbewerbsverbots, *China Labor* 9/2015. (乔安丽、李坤刚: “论约定竞业限制的合理范围”, 载《中国劳动》2015年9月。)

Qin, Fuzheng: Rechtsnatur der BAO: Soft Law, *Oriental Law* 2/2016. (覃甫政: “劳动规章制度法律性质‘软法解释论’之提出及证成”, 载《东方法学》2016年第2期。)

Qin, Guorong: Die Definition, die Rechtsnatur und Wirksamkeit der Bindungsdauervereinbarung, *Science of Law* 6/2009. (秦国荣: “服务期协议: 概念、本质及其法律效力分析”, 载《法律科学》2009年第6期。)

Shan, Hailing: Wettbewerbsverbot nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, *Chinese Journal of Law* 3/2007. (单海玲: “雇员离职后的竞业禁止”, 载《法学研究》2007年第3期。)

Shen, Jianfeng: Das Gestaltungsmodell und Wirksamkeitskontrolle der BAO, *Comparative Law*, 1/2016. (沈建峰: “论用人单位规章制度的制定模式与效力控制”, 载《比较法研究》2016年第1期。)

ders.: Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht, *Peking University Law Journal* 6/2017. (沈建峰: “劳动法作为特别私法”, 载《中外法学》2017年第6期。)

Shen, Jianfeng/Jiang Ying: Hintergrund und Rechtsnatur des arbeitsrechtlichen Schiedsverfahren und ihres Verhältnis zur Klage, *Law Science* 4/2019. (沈建峰、姜颖: “劳动争议仲裁的存在基础、定性与裁审关系”, 载《法学》2019年第4期。)

Shen, Kui: Demokratisierung der Justiziellen Auslegungen und die politische Funktion des OVG, *Social Sciences in China* 1/2008. (沈焱: “司法解释的‘民主化’和最高法院的政治功能”, 载《中国社会科学》2008年第1期。)

Shen, Tongxian: Arbeitsrecht, Beijing 2009. (沈同仙: 《劳动法》, 北京大学出版社 2009 年版。)

Shi, Zhongkai: Bemessungskriterien für den Geschäftswert und den Schaden wegen der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen, *Present day Law Science* 6/2014. (史仲恺: “简论商业价值与商业秘密侵权损失的评估基准”, 载《时代法学》2014年第6期。)

Su, Haopeng: Die Einbeziehungskontrolle des AGB ins Vertrag, in: Shen, Sibao (Hrgs.), *Sammlung der Forschung über internationales Handelsrecht*, Beijing 2000. (苏号朋: “论格式条款订入合同的规制”, 载沈四宝主编: 《国际商法论丛(第2卷)》, 法律出版社 2000 年版。)

ders.: Forschung der Klauseln in Standardverträgen, Beijing 2004. (苏号朋: 《格式合同条款研究》, 中国人民大学出版社 2004 年版。)

Sun, Haibo: „Gleiche Fälle gleiche Entscheidung“ ist keine Legende, *The Jurist* 5/2019. (孙海波: “‘同案同判’: 并非虚构的法治神话”, 载《法学家》2019年第5期。)

Wang, Hongliang: Allgemein Teil des Schuldrechts, Beijing 2016. (王洪亮: 《债法总论》, 北京大学出版社 2016 年版。)

Wang, Liming: Bewertung der AGB-Klauseln im VG, *Tribüne der Politik- und Rechtswissenschaft*, 6/1999. (王利明: “对《合同法》格式条款规定的评析”, 载《政法论坛》1999年第6期。)

ders.: Eine Analyse von Regelungen und Entscheidungen im Vertragsrecht, Beijing 2001. (王利明: 《合同法要义与案例析解》, 中国人民大学出版社 2001 年版。)

ders.: Der Begriff des Verbrauchers und der Anwendungsbereich des CVSG, *Political Science and Law* 2/2002. (王利明: “消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围”, 载《政治与法律》2002年第2期。)

ders.: Forschung über Vertragsrecht (Band I), Beijing 2002. (王利明: 《合同法研究(第1卷)》, 中国人民大学出版社 2002 年版。)

ders.: Forschung über Zivil- und Handelsrecht, Beijing 2009. (王利明: 《民商法研究》, 法律出版社 2009 年版。)

ders.: Ausgewählte Fragen über die Leitentscheidungen, *Legal Science* 1/2012. (“我国案例指导制度若干问题研究”, 载《法学》2012年第1期。)

Wang, Jianyi: Die Rechtfertigung und der Anwendungsbereich der richterlichen Inhaltkontrolle von Vertragsklauseln, *Journal of Comparative Law* 1/2014. (王

剑一: “合同条款控制的正当性基础与适用范围”, 载《比较法研究》2014 年第 1 期。)

Wang, Junying/Song, Xinchao: Die Wirksamkeit der Arbeitsordnung des Arbeitgebers, Hebei Law Science, 5/2003. (王俊英、宋新潮: “论用人单位劳动规章的法律效力”, 载《河北法学》2003 年第 5 期。)

Wang, Linqing: Fragen über Wettbewerbsverbot in der Rechtspraxis, People's Judicature 17/2011. (王林清: “竞业限制司法实务问题研究”, 载《人民司法》2011 年第 17 期。)

ders.: Die juristische Denkweise und Rechtsvorschriftenauslegung für arbeitsrechtliche Fälle, Beijing 2016. (王林清: 《劳动纠纷裁判思路与规范解释》, 法律出版社 2016 年版。)

Wang, Tianxi: Einige Fragen über die elastischen und unelastischen Regeln des Zivilgesetzbuches, Social Science 9/1993. (王天习: “关于民法典刚柔度若干问题的探讨”, 载《社会科学》1993 年第 9 期。)

Wang, Quandi/Chen, Qian: AGB-Kontrolle im deutschen Recht – Historische Entwicklung des AGB-Gesetzes, Journal of Comparative Law 1/2004. (王全弟、陈倩: “德国法上对格式条款的规制 — 《一般交易条件法》及其变迁”, 载《比较法研究》2004 年第 1 期。)

Wang, Qian: Problem beim Rechtssystem über verschuldensbedingte Kündigung und ihr Lösungsweg, ECUPL Journal 4/2017. (王倩: “我国过错解雇制度的不足及其改进”, 载《华东政法大学学报》2017 年第 4 期。)

Wang, Qiyang/Ye, Jia: Die Arbeitsweise der Analyse bei Gerichtsverhandlung der Fällen über Wettbewerbsverbot, <https://mp.weixin.qq.com/s/EGMC6hW3yWVY8obCqnA10w>. (03. 10. 2020). (王启扬、叶佳: “竞业限制纠纷案件的审理思路”。)

Wang, Quanxing: Interpretation der Vorschriften des Arbeitsvertragsgesetzes, Beijing 2007. (王全兴: 《劳动合同法条文精解》, 中国法制出版社 2007 年版。)

ders.: Arbeitsrecht, Beijing 2017. (王全兴: 《劳动法》, 法律出版社 2017 年版。)

Wang, Wenyu: Zivil – und Handelsrechtstheorie und eine ökonomische Analyse (Band II), Beijing 2003. (王文宇: 《民商法理论与经济分析(二)》, 中国政法大学出版社 2003 年版。)

Wang, Xiaokai / Xu, Daowen: Der dritte Weg zur Regulierung von Geldbuße als disziplinarische Maßnahme im Betrieb, China Labor 2/2015. (王小凯、徐道稳: “企业罚款惩戒之第三条道路”, 载《中国劳动》2015 年第 2 期。)

Wang, Yi: Dispositive gesetzliche Regelung im Vertragsrecht, Social Science Front 5/2006. (王轶: “论合同法上的任意性规范”, 载《社会科学战线》2006 年第 5 期。)

ders.: Prinzipien im Zivilrecht und das Verhältnis der Prinzipien, Journal of Hangzhou Normal University (Humanities and Social Sciences), 3/2013. (王轶: “论民法诸项基本原则及其关系”, 载《杭州师范大学学报(社会科学版)》2006年第5期。)

Wen, Qinghong: Vervollständigung der gesetzlichen Grundlage für Bindungsdauer im Arbeitsvertragsgesetz, Human Resourcer Development of China 8/2008. (问清泓: “《劳动合同法》服务期制度之改进”, 载《中国人力资源开发》2008年第8期。)

ders.: Ein Vergleich der BAO und Kollektivverträge, Journal of Wuhan University of Science and Technology 1/2009. (问清泓: “内部劳动规则与集体合同比较研究”, 载《武汉科技大学学报》2009年第1期。)

Wu Qingjun, Kollektivvereinbarung und die Regulierung des Arbeitsverhältnisses unter der „staatlichen Leitung“, Sociological Studies 3/2012. (吴清军: “集体协商与‘国家主导’下的劳动关系治理——指标管理的策略与实践”, 载《社会学研究》2012年第3期。)

Xie, Gen: Inhaltskontrolle der AGB, Chinese Journal of Law 2/2013. (解亘: “格式条款内容控制的规范体系”, 载《法学研究》2013年第2期。)

Xie, Hongfei: Neue Entwicklung des Vertragsrechts, Beijing 2014. (谢鸿飞: 《合同法学的新发展》, 中国社会科学出版社2014年版。)

Xie Yuhua: Emprische Analyse der Wirkung der Branchenkollektivverträge, Comparative Economics & Social Systems, 5/2012. (谢玉华: “中国行业工资集体协商效果的实证分析”, 载《经济社会体制比较》2012年第5期。)

Xie, Zengyi: Die gesetzliche Grundlage und Regulierung für das Recht des Arbeitgebers von disziplinarische Maßnahme, Journal of Comparative Law 1/2016. (谢增毅: “用人单位惩戒权的法理基础和法律规制”, 载《比较法研究》2016年第1期。)

ders.: Wert des unbefristeten Arbeitsvertrags und die einschlägigen gesetzlichen Regelungen, Journal of Comparative Law 4/2018. (谢增毅: “无固定期限劳动合同的价值及其规制路径”, 载《比较法研究》2018年第4期。)

Xin, Chunying/Kan, ke (Hrsg.): Auslegung des ArbVG, Beijing 2013. (信春鹰、阚珂(主编): 《中华人民共和国劳动合同法释义》, 法律出版社2013年版。)

Xin, Chunying/Jiang, Jiadi: Analyse des Arbeitsvertragsgesetzes aus der Perspektive der Rechtssoziologie (2009), in: ZENG Xianyi (Hrsg.), Forschung über die Rechtskultur, Beijing 2010. (信春鹰、蒋佳棣: “《劳动合同法》的法社会学分析”, 载《法律文化研究(2009)》(第五辑), 中国人民大学出版社2010年版。)

Xu, Guodong: Die Auslegung der zivilrechtlichen Grundprinzipien, Beijing 1992. (徐国栋: 《民法基本原则解释》, 中国政法大学出版社1992年版。)

- Xu, Jianyu*: Festlegung der Bindungsdauer, China Labor 6/2014. (许建宇: “论服务期的认定”, 载《中国劳动》2014年第6期。)
- Xu, Mingyue/Yuan, Wenquan*: Die theoretische Grundlage und das Rechtsinstitut über nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Science of Law 4/2007. (许明月、袁文全: “离职竞业禁止的理论基础与制度设计”, 载《法学》2007年第4期。)
- Xu, Zhihua/Zhang, Hui*: Soll die Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vertragsstrafe durch ArbVG geregelt werden? in: Sammlung der Beiträge für die Jahrestagung 2005 des China's Arbeitsrecht Vereins. (徐智华、章辉: “我国〈劳动合同法〉是否规定违约金条款”, 载《中国劳动法学研究年会论文汇编》2005年。)
- Yao, Xinhua*: Was ist Vertragsfreiheit? Journal of Comparative Law 1/1997. (姚新华: “契约自由论”, 载《比较法研究》1997年第1期。)
- Yan, Fang*: Festlegung und rechtliche Bewertung der überraschenden Klauseln, People's Court Daily am 15. 04. 2015. (晏芳: “异常格式条款的认定与法律评价”, 载《人民法院报》2015年4月15日。)
- Yang, Demin*: Die Analyse über die verschuldensabhängige Kündigung, Die Entwicklung des Personalmanagements Chinas 3/2008. (杨德敏: 《浅析过失性解雇制度》, 载《中国人力资源开发》2008年第3期。)
- Yang, Lixin/Liu Zhaocheng*: Der Sinn des Verbraucherbegriffs im BGB und die Bedeutung für das chinesische Recht, Law Science Magazine 1/2013. (杨立新、刘召成: “德国民法典规定一体化消费者概念的意义及借鉴”, 载《法学杂志》2013年第1期。)
- Yang, Yang*: Der unvollendete Kampf – Die Wahrnehmung des Rechts von der Arbeiter in Jasic Shenzhen, <https://theinitium.com/article/20180917-mainland-shenzhen-jasic-labor-movement/>. (杨杨: “未完的抗争: 深圳佳士工人维权事件始末”。)
- Yang, Zhengxi/Yang, Min*: Die „Bottom-up“ Kollektivvereinbarung über Arbeitlohn in den Übergang, Social Sciences in Guangdong 2013/4. (杨正喜、杨敏: “论转型期自下而上式工资集体协商机制: 基于深圳先端的个案分析”, 载《广东社会科学》, 2013年第4期。)
- Ye, Jingyi/Ren, Xuemin*: Gesetzgebungsvorschlag zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, Law Magazine 4/2006. (叶静漪、任学敏: “我国竞业限制制度的构建”, 载《法学杂志》2006年第4期。)
- Yi, Jun*: Neue Interpretation zum Gerechtigkeitsprinzip im Zivilrecht, The Jurist 4/2012. (易军: “民法公平原则新论”, 载《法学家》2012年第4期。)
- Zang, Yunxiao*: Wirksamkeit der Klauseln über Wettbewerbsverbote und die Gerichtsbarkeit, China Labor 12/2003. (藏云霄: “浅谈竞业禁止条款的效力及纠纷的管辖”, 载《中国劳动》2003年第12期。)

Zhan, Dongsheng: Vollständigung der gesetzlichen Grundlage für spezielle Fortbildung in ArbVG, Symposium on Economic Law Vol. 20. (战东升: “《劳动合同法》中专业技术培训实施的制度完善”, 载《经济法论坛》(第 20 卷)。)

Zhang, Liang: Das Gebot von Treu und Glauben in Inhaltskontrolle der AGB, Social Scientist 10/2016. (张良: “论诚信原则对格式条款的内容控制”, 载《社会科学家》2016 年第 10 期。)

ders.: Reformationsmöglichkeit der AGB-Regelungen im chinesischen Zivilgesetzbuch, Journal of Sichuan University (Philosophy and Social Science Edition) 1/2019. (张良: “我国民法典合同法编格式条款立法研究”, 载《四川大学学报》2019 年第 1 期。)

Zhang Ni/Wang Quanxing: Wirksamkeit der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote, Law Science Magazine 2011/10. (张妮、王全兴: “离职竞业限制协议的效力问题探讨——兼论商业秘密法律保护手段选择”, 载《法学杂志》2011 年第 10 期。)

Zhang, Qi: Die leitende Rolle der Leitentscheidungen, Law and Social Development 6/2007. (张骥: “论指导案例的指导性”, 载《法制与社会发展》2007 年第 6 期。)

ders.: Bindungswirkung der Leitentscheidungen und ihre Durchsetzung, Law and Social Development 1/2013. (张骥: “再论指导性案例效力的性质与保证”, 载《法制与社会发展》2013 年第 1 期。)

ders.: Beurteilung der gleichgelagerten Fallgruppen, Peking University of Law Journal 2/2014. (张骥: “论类似案件的判断”, 载《中外法学》2014 年第 2 期。)

ZHANG Jianjun: Überraschende Klauseln, Legal Science Magazine am 15. 9. 2006. (张建军: “异常条款之我见”, 载《法学杂志》2006 年 9 月 15 日。)

Zhang, Wenxian: Rechtstheorie, Beijing 2007. (张文显: 《法理学》, 法律出版社 2007 年版。)

Zhang, Xinbao: Festschrift zum 50. Geburtstag von WCUPL, Beijing 2003. (张新宝: 《法路心语》, 法律出版社 2003 年版。)

Zhang, Xuezhe: Das Widerrufsrecht des Verbrauchers und die Vertragsfreiheit, Journal of Comparative Law 6/2009. (张学哲: “消费者撤回权制度与合同自由原则”, 载《比较法研究》2009 年第 6 期。)

Zhang, Yaqiong: Die Wirksamkeit der Klageverzichtsvereinbarung im Arbeitsvertrag, People's Judicature 12/2012. (张亚琼: “劳动争议案件中不起诉契约的效力”, 载《中国劳动》2012 年第 12 期。)

Zhang, Zhiming: Das Institut der chinesischen Gesetzauslegung, in: **Liang, Zhiping (Hrsg.):** Frage über Gesetzauslegung, Beijing 1998. (张志铭: “中国的法律解释体制”, 载梁治平编: 《法律解释问题》, 法律出版社 1998 年版。)

ders.: Analyse über die Funktionsweise der Gesetzesauslegung, Beijing 1998.
(张志铭:《法律解释操作分析》, 中国政法大学出版社 1998 年版。)

Zheng, Aiqing: Die Treuepflicht im Arbeitsrecht und die Klausel über Wettbewerbsverbot – unter der Berücksichtigung auf die arbeitsrechtliche Rechtsprechung in Großbritannien und Frankreich, Jurists Review 2/2006. (郑爱青: “从英法劳动法判例看劳动法上的忠实义务与竞业限制条款”, 载《法学家》2006 年第 2 期。)

Zheng, Shangyuan/Wang, Yifei: Die Gestaltung der BAO und die Grundlage zur Kontrolle der BAO, Modern Law Science, 11/2013. (郑尚元、王艺非: “用人单位规章制度形成理性及法制重构”, 载《现代法学》2013 年 11 月。)

Zheng, Xiaojian: Die Stellung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im heutigen Zivilrechtssystem, Science of Law 06/2017. (郑晓剑: “比例原则在现代民法体系中的地位”, 载《法律科学》2017 年 6 月。)

Zheng, Xiaoshan: Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit bei der Regel „Schlusslicht muss weg sein“ – mit Berücksichtigung der 18. Leitentscheidung, Law Science 11/2014. (郑晓珊: “从‘末位淘汰’看解雇语境下的‘不能胜任’——以“指导案例 18 号”为背景”, 载《法学》2014 年第 11 期。)

Zhou, Guoliang/Yu, Lijun/Li Hong, Analyse über Arbeitsvertrag und Bindungsdauervereinbarung bei Fortbildung (Teil II), China Labor 05/2013.
(周国良、俞里江、李红: “劳动合同与培训服务期协议的法律分析”, 载《中国劳动》2013 年第 5 期。)

Zhou, Hongfeng: Wirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ohne Karenzentschädigung, China Sozialversicherung 11/2007. (周宏峰: “未给予经济补偿的竞业限制约定是否有效”, 载《中国社会保障》2007 年第 11 期。)

Zhou, Linqing: Die Wirksamkeit der Freizeichnungsklauseln, Modern Law Science, 4/2011. (周清林: “论格式免责条款的效力层次”, 载《现代法学》2011 年第 4 期。)

Zhou, Wangsheng: Das gegenwärtige Rechtssystem über die Rechtsauslegung in China, Modern Law Science 2/2003. (周旺生: “中国现行法律制度解释研究”, 载《现代法学》2003 年第 2 期。)

Zhou, Yongkun: Rechtstheorie aus einer globalen Perspektive, Beijing 2000.
(周永坤:《法理学—全球视野》, 法律出版社 2000 年版。)

Zhu, Jun: Die Auswirkung des Fehlens an Karenzentschädigung auf die Wirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, in: ECUPL Journal 1/2012. (朱军: “未约定经济补偿对离职竞业禁止协议效力的影响”, 载《华东政法大学学报》2012 年第 1 期。)

ders.: Die Rechtsnatur der BAO, Tsinghua University Law Journal, 3/2017.

(朱军: “论我国劳动规章制度的法律性质”, 载《清华法学》2017 年第 3 期。)

Zhu, Qingyu: Allgemeiner Teil des Zivilrechts, Beijing 2016. (朱庆育: 《民法总论》, 北京大学出版社 2016 年版。)

Arbeitsgruppe aus Sichuan Oberem Volksgericht und Sichuan Universität, Die Entwicklung und Verbesserung des chinesischen Rechtsinstituts der Leitentscheidungen, China Legal Science 3/2013. (四川省高级人民法院与四川大学联合课题组: “中国特色案例指导制度的发展与完善”, 载《中国法学》2013 年第 3 期。)

1.Zivilsenat des OVG, Erklärung zu der „vierten justiziellen Auslegung zur arbeitsrechtlichen Streitigkeiten“ und ihre Anwendung in der Rechtspraxis, Beijing 2015. (最高人民法院民事审判庭第一庭: 《最高人民法院劳动争议司法解释(四)理解与适用》, 人民法院出版社 2015 年版。)

Anhang

Gesetzgebungsgesetz

§ 5

Die Gesetzgebung muss den Willen des Volkes repräsentieren, die sozialistische Demokratie entfalten, an der Öffentlichkeit der Gesetzgebung festhalten und sicherstellen, dass das Volk auf unterschiedlichen Wegen an der Gesetzgebungstätigkeit mitwirkt.

§ 45

Die Befugnisse zur Auslegung von Gesetzen übt der Ständige Ausschuss des Nationalen Volks-kongresses aus.

Wenn bei einem Gesetz einer der folgenden Umstände vorliegt, wird es vom Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses ausgelegt:

1. wenn es bei Gesetzesbestimmungen erforderlich ist, die konkrete Bedeutung näher festzulegen;
2. wenn nach Erlass des Gesetzes neue Umstände aufgetreten sind, so dass es erforderlich ist, den Geltungsbereich des Gesetzes klarzustellen.

§ 50

Gesetzesauslegungen durch den Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses besitzen die gleiche Gültigkeit wie Gesetze.

§ 96

Wenn bei Gesetzen, Verwaltungsrechtsnormen, territorialen Rechtsnormen, Autonomie- und Einzelverordnungen oder Regeln einer der folgenden Umstände vorliegt, werden sie von dem betreffenden Organ gemäß der Zuständigkeit nach § 97 dieses Gesetzes geändert oder aufgehoben:

- (1) wenn die Zuständigkeit überschritten worden ist;
- (2) wenn nachrangiges Recht gegen Bestimmungen höherrangigen Rechts verstößt;
- (3) wenn bei nicht übereinstimmenden Bestimmungen von Regeln über dieselbe Angelegenheit entschieden wurde, dass die Bestimmungen einer Seite geändert oder aufgehoben werden müssen;
- (4) wenn Bestimmungen von Regeln, die als nicht angemessen angesehen werden, geändert oder aufgehoben werden müssen;
- (5) wenn gegen das gesetzliche Verfahren verstoßen wurde.

§ 97

Für die Zuständigkeit für die Änderung oder Aufhebung der Gesetze, Verwaltungsrechtsnormen, territorialen Rechtsnormen, Autonomie- und Einzelverordnungen sowie Regeln gilt:

(1) Der Nationale Volkskongress hat das Recht, nicht angemessene Gesetze zu ändern oder aufzuheben, die sein Ständiger Ausschuss festgelegt hat; er hat das Recht, vom Ständigen Ausschuss genehmigte Autonomie- und Einzelverordnungen aufzuheben, die gegen die Verfassung oder gegen § 75 Abs. 2 dieses Gesetzes verstoßen;

(2) der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses hat das Recht, Verwaltungsrechtsnormen aufzuheben, die im Widerspruch zur Verfassung und zu den Gesetzen stehen; er hat das Recht, territoriale Rechtsnormen aufzuheben, die im Widerspruch zur Verfassung, zu den Gesetzen oder den Verwaltungsrechtsnormen stehen; er hat das Recht, von den Ständigen Ausschüssen der Volkskongresse der PAS genehmigte Autonomie- und Einzelverordnungen aufzuheben, die gegen die Verfassung oder gegen § 75 Abs. 2 dieses Gesetzes verstoßen;

(3) der Staatsrat hat das Recht, nicht angemessene Regeln der Abteilungen und der territorialen Regierungen zu ändern und aufzuheben;

(4) die Nationalen Volkskongresse der PAS haben das Recht, nicht angemessene territoriale Rechtsnormen zu ändern oder aufzuheben, die von ihren Ständigen Ausschüssen festgelegt und genehmigt worden sind;

(5) die Ständigen Ausschüsse der territorialen Volkskongresse haben das Recht, nicht angemessene Regeln aufzuheben, die von der Volksregierung auf derselben Ebene festgelegt worden sind;

(6) die Volksregierungen der PAS haben das Recht, nicht angemessene Regeln zu ändern und aufzuheben, die von den Volksregierungen

auf niedrigerer Ebene festgelegt worden sind;

(7) das ermächtigende Organ hat das Recht, Rechtsnormen aufzuheben, die von dem ermächtigten Organ unter Überschreitung des Bereichs der Ermächtigung oder unter Verstoß gegen den Zweck der Ermächtigung festgelegt worden sind; wenn dies erforderlich ist, kann das ermächtigende Organ] die Ermächtigung aufheben.

Arbeitsgesetz

§ 44

Wenn einer der folgenden Umstände vorliegt, muss die Arbeitgebereinheit nach den folgenden Normen ein Arbeitsentgelt über dem Lohn für die normale Arbeitszeit des Arbeitenden auszahlen, und zwar: 1. Für Überstunden mindestens 150% des Lohnes; wenn für Arbeit des Arbeitenden an Ruhetagen keine andere Ruhezeit gewährt werden kann, mindestens 200%

des Lohnes; 3. wenn der Arbeitende an gesetzlichen Feiertagen zur Arbeit eingeteilt wird, nicht unter 300% des Lohnes.

§ 46

Die Löhne müssen dem Grundsatz der Verteilung nach Arbeit entsprechen; für gleiche Arbeit muss gleicher Lohn gelten.

Das Lohnniveau wird auf der Grundlage der wirtschaftlichen Entwicklung langsam angehoben. Der Staat übt eine Makrokontrolle des Gesamtlohns aus.

§ 68

Der Arbeitgeber müssen Berufsausbildungsordnungen schaffen, nach den staatlichen Bestimmungen Berufsausbildungskosten erheben und einsetzen und entsprechend der Praxis bei ihrer Einheit planmäßig die Berufsausbildung der Arbeitenden durchführen.

Technische Arbeiten ausführende Arbeitende haben eine Berufsausbildung zu durchlaufen, bevor sie ihren Arbeitsplatz erhalten.

§ 79

Wenn es zu einer Arbeitsstreitigkeit gekommen ist, können die Parteien bei der Schlichtungskommission für Arbeitsstreitigkeiten dieser Einheit Schlichtung beantragen; wenn die Schlichtung erfolglos bleibt und eine Seite ein Schiedsverfahren verlangt, kann bei der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten ein Schiedsverfahren beantragt werden. Eine Partei kann auch direkt bei der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten ein Schiedsverfahren beantragen. Wer sich dem Schiedsspruch nicht unterwirft, kann beim Volksgericht Klage erheben.

Arbeitsvertragsgesetz

§ 4

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Betriebsinterne Arbeitsordnung aufzustellen und weiter zu entwickeln, um auf diese Weise den Arbeitnehmern es zu erleichtern, ihre Rechte wahrzunehmen und ihre Verpflichtungen zu erfüllen.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, über die Errichtung und Modifikation einer betriebsinternen Arbeitsordnung, die wichtigen persönlichen Interessen des Arbeitnehmers berühren, mit Beschäftigtenvertretung oder der gesamten Belegschaft diskutieren. Nach der Diskussion soll der Arbeitgeber einen Entwurf aufstellen. Der Inhalt der betriebsinternen Arbeitsordnung soll aufgrund

des Entwurfs mit den Beschäftigtenvertretern oder der Gewerkschaften gleichberechtigt verhandelt und festgesetzt werden.

Halten die Gewerkschaft oder die Beschäftigtenvertretung bei der Durchführung der betriebsinternen Arbeitsordnung ihre Regeln für unangemessen, kann sie dem Arbeitsgeber vorschlagen, die Regeln sie im Rahmen von Konsultationen zu ändern und zu verbessern. Der Arbeitgeber soll die Regeln der betriebsinternen Arbeitsordnung, die ihre unmittelbaren Interessen unmittelbar betreffen, öffentlich bekannt machen oder die Arbeitnehmer darüber informieren.

§ 10

Das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses erfordert einen schriftlichen Arbeitsvertrag.

Für den Fall, dass kein schriftlicher Arbeitsvertrag zum Zeitpunkt der Entstehung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen wurde, muss dieses innerhalb eines Monats vom Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme nachgeholt werden.

§ 14

Ein unbefristeter Arbeitsvertrag ist ein Vertrag, in dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich nicht auf ein bestimmtes Ende des Beschäftigungsverhältnisses geeinigt haben.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können einen unbefristeten Arbeitsvertrag abschließen, sobald sie sich darüber im Verhandlungswege geeinigt haben. Falls ein Arbeitnehmer den Vorschlag macht, seinen Arbeitsvertrag zu erneuern oder falls er mit einer Erneuerung einverstanden ist, so kann unbefristeter Vertrag in den folgenden Fällen geschlossen werden, sofern der Arbeitnehmer nicht Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages verlangt:

- (1) Der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber eine ununterbrochene Zeit vor nicht weniger als 10 Jahre gearbeitet;
- (2) wenn der Arbeitgeber das Arbeitsvertragssystem einführt oder das staatliche Unternehmen, wo der Arbeitnehmer beschäftigt, den Arbeitsvertrag als Ergebnis einer Restrukturierung erneuert und der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber eine ununterbrochene Zeit von nicht weniger als 10 Jahre gearbeitet hat und dieser nicht weniger als 10 Jahre von der gesetzlichen Altersgrenze entfernt ist;
- (3) wenn vor der Erneuerung ein befristeter Arbeitsvertrag zweimal verlängert wurde und keine Voraussetzungen in § 39 und 40 Nr. 1 und Nr. 2 vorliegen.

Falls der Arbeitgeber keinen schriftlichen Arbeitsvertrag innerhalb eines Jahres vom Zeitpunkt der Einstellung des Arbeitnehmers abschließt, gilt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als zustande gekommen.

§ 23

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können im Arbeitsvertrag Bestimmungen in Bezug auf vertrauliche Sachverhalte vereinbaren, um die Vertraulichkeit von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen des Arbeitgebers zu gewährleisten. Sofern der Arbeitnehmer zur Vertraulichkeit verpflichtet ist, kann der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag oder in einer Vertraulichkeitsabrede Wettbewerbsverbot mit Karenzentschädigung vereinbaren, die an dem Arbeitnehmer nach Monatsbeträgen berechnet und gezahlt wird. Dabei richtet sich die Berechnung der Entschädigung nach dem mit der Kündigung oder sonstigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses beginnenden Zeitraum des Wettbewerbsverbots. Verletzt die Vereinbarung des Wettbewerbsverbots, so hat er dem Arbeitgeber für den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen.

§ 24

Der Kreis der Wettbewerbsbeschränkungen unterliegenden Personen ist auf hochrangige Manager, Techniker hohen Ranges und andere zur Geheimhaltung Verpflichtete beschränkt. Umfang, geographisches Gebiet und Dauer der Wettbewerbsbeschränkungen werden vom Arbeitgeber mit dem Arbeitenden vereinbart; die Vereinbarung darf Gesetze und andere Rechtsnormen nicht verletzen.

Wettbewerbsbeschränkungen dürfen für höchstens zwei Jahre nach der Kündigung oder Beendigung des Arbeitsvertrags beschränken, dass im vorigen Absatz genannte Personen in andere Einheiten gehen, die gleichartige Produkte herstellen oder vertreiben oder gleichartige Tätigkeiten betreiben wie ihr bisheriger Arbeitgeber, und mit ihm in Wettbewerb stehen, oder dass sie selbst gleichartige Produkte herstellen oder vertreiben oder eine gleichartige Tätigkeit betreiben.

§ 25

Außer in den Fällen der §§ 22 und 23 darf der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer keine vom Arbeitenden zu zahlenden Vertragsstrafen vereinbaren.

§ 38

Unter folgenden Umständen kann der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag einseitig kündigen:

- (1) kein Arbeitsschutz und keine in Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeitsbedingungen gewährt werden;
- (2) der Lohn nicht vollständig und pünktlich bezahlt wird;
- (3) die Sozialversicherungsbeträge für den Arbeitnehmer nicht entsprechend den Gesetzen entrichtet wird;
- (4) die betriebsinterne Arbeitsordnung widerspricht den Gesetzen oder anderen Regelungen und beeinträchtigt die Rechte und Interessen des Arbeitnehmers;
- (5) der Arbeitgeber hat es zu verantworten, dass der Arbeitsvertrag gemäß § 26 Nr. 1 rechtsunwirksam ist.

§ 82

Schließt der Arbeitgeber ab dem Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme mehr als einen Monat, aber weniger als ein Jahr keinen schriftlichen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer ab, muss er für diesen Zeitraum den zweifachen Lohn bezahlen.

Verbraucherschutzgesetz

§ 2

Die Rechte und Interessen des Verbrauchers, der zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs Waren einkauft und gebraucht oder Dienstleistungen in Anspruch nimmt, werden von diesem Gesetz geschützt; trifft dieses Gesetz keine Bestimmung, so werden sie von anderen entsprechenden Gesetzen und Rechtsnormen geschützt.

§ 25

Benutzen Gewerbetreibende Methoden wie etwa Internet, Fernsehen oder Telefon, um Waren zu vertreiben, so haben die Verbraucher die Befugnis, die Waren innerhalb von sieben Tagen nach deren Erhalt zurückzugeben, ohne dass [hierfür] eine Begründung erforderlich ist, außer bei folgenden Waren: (1) bei für den Verbraucher hergestellten [Waren]; (2) bei frischen, verderblichen [Waren]; (3) bei digitalen Waren wie etwa audiovisuellen Produkten [und] Software, die Online heruntergeladen werden oder die der Verbraucher ausgepackt hat; (4) bei übergebenen Zeitungen und Zeitschriften.

§ 26

Nutzen Gewerbetreibende bei der Geschäftstätigkeit allgemeine Geschäftsbedingungen, müssen sie Verbraucher in deutlicher Form auf Inhalte aufmerksam machen, die mit dem Verbraucher in Beziehung erheblicher Vor- bzw. Nachteile stehen wie etwa [in Bezug auf] die Quantität und Qualität, den Preis oder das Entgelt, die Erfüllungsfrist und -form, Sicherheitshinweise, Risikowarnungen, den Kundendienst nach Kauf und die zivile Haftung der Ware oder Dienstleistung; und er muss auf Verlangen des Verbrauchers [die Klauseln] erklären. Gewerbetreibende dürfen nicht mittels Methoden wie etwa allgemeine Geschäftsbedingungen, Mitteilungen, Erklärungen oder Hinweisen in Geschäftsräumen für Verbraucher ungerechte oder unangemessene Bestimmungen ausbedingen, welche etwa die Rechte der Verbraucher ausschließen oder einschränken, die Haftung des Gewerbetreibenden reduzieren oder [ihn hiervon] befreien, [oder] die Haftung des Verbrauchers erhöhen; sie dürfen weder Klauseln noch technischen Tricks verwenden, um Geschäfte zu zwingen. Enthalten allgemeine Geschäftsbedingungen, Mitteilungen, Erklärungen, Hinweise in Geschäftsräumen und andere [Methoden], die im vorigen Absatz aufgeführten Inhalte, so sind diese Inhalte unwirksam.

Gesetz zur Schlichtung und zu Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten

§ 5

Kommt es zu Arbeitsstreitigkeiten, und wollen Parteien nicht verhandeln, oder bleiben die Verhandlungen erfolglos, oder wird der erzielte Vergleich nicht erfüllt, so kann bei einer Schlichtungsorganisation Schlichtung beantragt werden; wird Schlichtung nicht gewollt, kommt sie nicht zustande, oder wird die erzielte Schlichtungsvereinbarung nicht erfüllt, so kann bei der Schiedskommission für Arbeitsstreitigkeiten ein Schiedsverfahren beantragt werden; wer sich dem Schiedsspruch nicht unterwerfen will, kann beim Volksgericht Klage erheben, soweit dies Gesetz nichts anderes bestimmt.

Vertragsgesetz

§ 39

Wenn zur Errichtung eines Vertrages allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden, muss die Partei, welche die allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt, wenn sie die Rechte und Pflichten der Parteien gegeneinander festsetzt, sich an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten und eine vernünftige Art und Weise wählen, um die andere Seite auf Klauseln aufmerksam zu machen, welche die Haftung dieser [die Geschäftsbedingungen stellenden Partei] ausschließen oder einschränken und auf Wunsch der anderen Seite diese Klauseln erklären.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Klauseln, die von der Partei zur wiederholten Verwendung vorweg entworfen und nicht bei der Errichtung des Vertrages mit der anderen Seite ausgehandelt werden.

§ 40

Wenn der Verwender in seinen AGB eine eigene Haftung ausschließt, die Haftung der anderen Partei verschärft oder wesentliche Rechte der anderen Vertragspartei aushöhlt, sind die vom Verwender gestellten AGB unwirksam.

§ 41

Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen bei Streitigkeiten über ihre Auslegung im allgemein üblichen Sinne ausgelegt werden. Wenn mehrere Auslegungen möglich sind, müssen sie in dem Sinn ausgelegt werden, der für die Seite, die sie gestellt hat, nicht von Vorteil ist. Wenn allgemeine Geschäftsbedingungen mit Klauseln im Widerspruch stehen, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, gelten die Klauseln, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind.

§ 60

Die Parteien müssen entsprechend dem Vereinbarten ihre Pflichten in vollem Umfang erfüllen.

Die Parteien müssen unter Wahrung von Treu und Glauben aufgrund der Natur und der Ziele des Vertrags und nach der Verkehrssitte die Pflichten zu Mitteilungen, zur [gegenseitigen] Unterstützung, zur Geheimhaltung unter anderem erfüllen.

Zivilgesetzbuch

§ 496 ZGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Klauseln, die von der Partei zur wiederholten Verwendung vorweg entworfen und nicht bei der Errichtung des Vertrages mit der anderen Seite ausgehandelt werden.

Wenn zur Errichtung eines Vertrages allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden, muss die Partei, welche die allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt, wenn sie die Rechte und Pflichten der Parteien gegeneinander festsetzt, sich an den Gerechtigkeitsgrundsatz halten und eine vernünftige Art und Weise wählen, um die andere Seite auf Klauseln wie etwa den Ausschluss oder die Einschränkung der Haftung aufmerksam zu machen, die sich auf wesentliche Interessen des Vertragspartners beziehen, und auf Wunsch der anderen Seite diese Klauseln erklären. Erfüllt der Verwender die Hinweis- oder Erklärungspflicht nicht, so dass der Vertragspartner die Klauseln, die sich auf wesentliche Interessen des Vertragspartners beziehen, nicht beachtet, hat der Vertragspartner das Recht, sich auf die Nicht-Einbeziehung solcher Klauseln zu berufen.

§ 497 ZGB

Wenn der Verwender in seinen AGB eine eigene Haftung unangemessen ausschließt, die Haftung der anderen Partei unangemessen verschärft oder wesentliche Rechte der anderen Vertragspartei aushöhlt, sind die vom Verwender gestellten AGB unwirksam.

§ 498 ZGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen bei Streitigkeiten über ihre Auslegung im allgemein üblichen Sinne ausgelegt werden. Wenn mehrere Auslegungen möglich sind, müssen sie in dem Sinn ausgelegt werden, der für die Seite, die sie gestellt hat, nicht von Vorteil ist. Wenn allgemeine Geschäftsbedingungen mit Klauseln im Widerspruch stehen, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, gelten die Klauseln, die keine allgemeinen Geschäftsbedingungen sind.

§ 582 (§ 111 CVG)

Wenn die Qualität nicht dem Vereinbarten entspricht, wird entsprechend der Vereinbarung der Parteien für die Vertragsverletzung gehaftet. Wenn es dazu keine oder keine klare Vereinbarung gibt, und die Frage sich auch nach § 61 nicht klären lässt, kann die geschädigte Seite aufgrund der Haftung der anderen Seite für die Vertragsverletzung entsprechend der Art des Gegenstands und der Größe des Schadens eine vernünftige Wahl zwischen unter anderem Reparatur, Austausch, erneuter Herstellung, Wandlung und Minderung des Preises oder Entgelts treffen.

§ 585 (§ 114 CVG)

Die Parteien können vereinbaren, dass Vertragspartei, die den Vertrag verletzt, entsprechend den Umständen der Vertragsverletzung der anderen einen bestimmten Betrag als Vertragsstrafe zahlt. Sie können auch vereinbaren, wie der Ersatz für durch die Vertragsverletzung verursachten Schaden berechnet wird.

Ist die vereinbarte Vertragsstrafe niedriger als der verursachte Schaden, kann eine Partei vom Volksgericht oder Schiedsgericht eine Erhöhung verlangen; ist die vereinbarte Vertragsstrafe allzu viel höher als der verursachte Schaden ist, kann eine Partei verlangen, dass das Volksgericht oder Schiedsgericht sie angemessen senkt.

Wenn die Parteien eine Vertragsstrafe für verzögerte Erfüllung vereinbart haben, muss die Seite, welche den Vertrag verletzt hat, auch nach Bezahlung der Vertragsstrafe noch die Schuld erfüllen.

Zivilprozessgesetz

§17 [Instanzielle Zuständigkeit der Gerichte der Grundstufe;=§18 a.F.]

Das Volksgericht der Grundstufe ist in erster Instanz für Zivilsachen zuständig, soweit dies Gesetz nichts anderes vorsieht.

§18 [Instanzielle Zuständigkeit der Gerichte der Mittelstufe;=§19 a.F.]

Das Volksgericht der Mittelstufe ist in erster Instanz für die folgenden Zivilsachen zuständig: 1. für große Fälle mit Außenbezug; 2. für Fälle, die auf seinen Gerichtsbezirk große Auswirkungen haben; 3. für Fälle, für die das Oberste Volksgericht die Zuständigkeit des Volksgerichts der Mittelstufe bestimmt hat.

§ 19 [Instanzielle Zuständigkeit der Gerichte der Oberstufe; = §20 a.F.]

Das Volksgericht der Oberstufe ist in erster Instanz für Zivilsachen zuständig, die auf seinen Bezirk große Auswirkungen haben.

§ 20 [Instanzielle Zuständigkeit des Obersten Volksgerichts; =§21 a.F.] Das Oberste Volksgericht ist in erster Instanz für die folgenden Zivilsachen

zuständig: 1. Fälle, die auf das ganze Land große Auswirkungen haben; 2. Fälle, bei denen es der Ansicht ist, dass sie von diesem Gericht behandelt werden müssen.

§21 [Örtliche Zuständigkeit am Wohnsitz oder ständigen Aufenthaltsort des Beklagten; =§22 a.F.]

Für gegen Bürger erhobene Zivilklagen ist das Volksgericht des Wohnsitzes des Beklagten zuständig; stimmt der Wohnsitz mit dem ständigen Aufenthaltsort des Beklagten nicht überein, so ist das Volksgericht des ständigen Aufenthaltsorts zuständig.

Für gegen juristische Personen oder andere Organisationen erhobene Zivilklagen ist das Volksgericht des Wohnsitzes des Beklagten zuständig. Wenn bei ein und derselben Klage die Wohnsitze bzw. ständigen Aufenthaltsorte mehrerer Beklagter in den Bezirken mehrerer Volksgerichte liegen, sind alle diese Volksgerichte zuständig.

§22 [Örtliche Zuständigkeit am Wohnsitz oder ständigen Aufenthaltsort des Klägers; =§23 a.F.]

Für die folgenden Zivilklagen ist das Volksgericht des Wohnsitzes des Klägers zuständig; stimmt der Wohnsitz mit dem ständigen Aufenthaltsort des Klägers nicht überein, so ist das Volksgericht des ständigen Aufenthaltsorts des Klägers zuständig. 1. für Personenbeziehungen betreffende Klagen, die gegen Personen erhoben werden, die sich nicht im Gebiet der Volksrepublik China aufhalten; 2. für Personenbeziehungen betreffende Klagen, die gegen Personen erhoben werden, deren Verbleib unklar ist, oder die für verschollen erklärt worden sind; 3. für Klagen, die gegen Personen in Arbeitserziehung erhoben werden. 4. für Klagen, die gegen Personen in Haft erhoben werden.

§175 [Berufung als abschließende Instanz; =§158 a.F.]

Urteile und Verfügungen des Volksgerichts zweiter Instanz sind die Behandlung des Falles abschließende Urteile und Verfügungen.

Vorschriften über Arbeitsunfallversicherung

§ 60

Wenn der Arbeitgeber die Beiträge zur Unfallversicherung nicht zahlt, so ist die Abteilung der Sozialversicherung verpflichtet, den Arbeitgeber anzuweisen sein Verhalten zu korrigieren. Während der Nichtzahlung der Beiträge ein Arbeitsunfall passiert, ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer Leistungen zu zahlen. Die Höhe der Leistungen richtet sich nach den gesetzlichen Leistungen.

Zweite Auslegung der Fragen bei Rechtsanwendung des CVG

§ 9

Das Volksgericht soll dem Antrag des Vertragspartners auf Aufhebung der AGB-Klauseln stattgeben, die der Vertragspartner beim Vertragsabschluss nicht beachtet, weil der Verwender der AGB-Klauseln die Hinweis- und Erklärungspflicht im Sinne des § 39 S. 1 des Vertragsgesetzes verletzt.

Dritte Auslegung der Rechtsvorschriften bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten

§ 10

Die vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffene Vereinbarung über Kündigung des Arbeitsvertrags, Zahlung von Arbeitslohn und Überstundungszuschläge, Abfindung bzw. Schadenersatz ist wirksam. Es sei denn, dass die Vereinbarung gegen das zwingendes Recht verstößt oder dabei eine Täuschung, Drohung bzw. Ausnutzung einer Notlage vorliegt. Liegt beim Abschluss der Vereinbarung ein schwerwiegender Irrtum vor oder der Inhalt der Vereinbarung deutlich ungerecht ist, haben Vertragsparteien das Recht, sie aufzuheben.

Vierte Auslegung der Rechtsvorschriften bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten

§ 6

Haben der Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Vereinbarung über Wettbewerbsverbot ohne Karenzentschädigung getroffen, soll das Gericht dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung der Karenzentschädigung stattgeben, die 30 % des durchschnittlichen Monatslohns der letzten zwölf Monaten vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses beträgt, wenn der Arbeitnehmer das nachvertragliche Wettbewerbsverbot eingehalten hat.